THÈSE DE
POITIERS.
18
N°.

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DE

L'ACQUISITION LÉGALE DE L'HÉRÉDITÉ

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Henri MOULIN

Avocat à la Cour d'Appel de Poitiers
Lauréat de la Faculté de Droit

PARIS
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU
ÉDITEUR
14, Rue Soufflot et rue Toullier, 13

1894

THÈSE DE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

MM. LE COURTOIS (✲. I ❁), Doyen, Professeur de Code civil.

DUCROCQ (✲. I ❁), Doyen honoraire, Professeur honoraire Professeur à la Faculté de Droit de Paris, Correspondant de l'Institut.

THÉZARD (I ❁), Doyen honoraire, Professeur de Code Civil, Sénateur.

ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE (I ❁), Professeur de Code Civil.

NORMAND (I ❁), Professeur de Droit Criminel.

PARENTEAU-DUBEUGNON (I ❁), Professeur de Procédure Civile.

ARTHUYS (I ❁), Professeur de Droit Commercial.

BONNET (I ❁), Professeur de Droit romain.

PETIT (I ❁), Professeur de Droit romain.

BARILLEAU (I ❁), Professeur de Droit administratif, assesseur du Doyen.

BRISSONNET (I ❁), Professeur d'Économie politique.

SURVILLE (I ❁), Professeur de Droit International public et privé.

MICHON, Agrégé, chargé du Cours d'histoire générale du droit français et des éléments du droit constitutionnel.

GIRAULT, Chargé des fonctions d'agrégé, chargé de Cours.

MORAND, Chargé des fonctions d'agrégé, chargé de Cours.

COULON (I ❁), Secrétaire.

COMMISSION

Président : M. SURVILLE.

Suffragants : MM. LE COURTOIS, *Doyen*
PETIT, *Professeur*
MICHON, *Agrégé*

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DE

L'ACQUISITION LÉGALE DE L'HÉRÉDITÉ

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le vendredi 27 juillet 1894, à 2 heures du soir

PAR

Henri MOULIN

Avocat à la Cour d'Appel de Poitiers
Lauréat de la Faculté de Droit

PARIS
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU
ÉDITEUR
14, Rue Soufflot et rue Toullier, 13

1894

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547322_0034

INTRODUCTION

DE LA TRANSMISSION UNIVERSELLE ET DE LA REPRÉSENTATION DU DÉFUNT PAR L'HÉRITIER

La transmission héréditaire est une des plus vieilles institutions de l'humanité, une de celles qui apparaissent à l'origine même des législations. Dans l'Inde, en Palestine, en Grèce et chez les peuples italiques, partout la succession ab intestat est inscrite aux tables de la loi. La succession à cause de mort se présente-t-elle donc, dès ces temps reculés, avec les caractères qu'elle a dans le droit moderne ? Ce qui distingue, avant tout, dans notre droit, ce mode de transmission des biens, c'est qu'il constitue un mode de transmission universelle. Ce ne sont plus seulement les biens du défunt, c'est son patrimoine qui est acquis à l'héritier. On sait que le patrimoine est un et indivisible comme la personnalité même de son titulaire. Toute personne a nécessairement un patrimoine et un seul : il s'ensuit que nul ne peut aliéner volontairement son patrimoine ni en être dépouillé et qu'il ne peut y avoir transmission universelle qu'à la mort de la personne. Et pour qu'à ce moment il y ait transmission universelle, il faut que le nouveau titulaire du patrimoine continue ou soit censé continuer la personne du défunt.

C'est à cette condition que le patrimoine primitif, rapport entre la personne du défunt et ses divers biens, subsistera tel quel, sans aucun changement dans les termes du rapport. La continuation de la personne du défunt par l'héritier apparaît ainsi comme le principe de la transmission universelle.

Ces idées abstraites n'ont pu être évidemment dégagées dès cette époque lointaine où les familles se groupaient en tribus et les tribus en cités, et où des demi-dieux donnaient à la cité naissante une organisation rudimentaire. La transmission universelle, comme bien d'autres institutions, a été pratiquée en fait longtemps avant d'avoir été définie et analysée par les jurisconsultes. C'est une de ces institutions fondamentales qui se sont formées sous l'influence de la coutume et par la force des choses. « A l'origine des sociétés, dit Stuart Mill, les biens d'un individu passaient naturellement à ses enfants et à ses parents les plus rapprochés : ceux-ci, étant ordinairement sur les lieux, étaient en possession, ils avaient le droit du premier occupant (1) ». L'organisation de la famille et de la propriété facilitaient d'ailleurs cette transmission, qui n'était pas encore une opération juridique, mais un simple fait, et permettait, longtemps avant la venue des jurisconsultes, une véritable succession universelle. C'est ainsi que les anciens Romains, suivant une opinion couramment admise maintenant, auraient pratiqué le régime patriarcal avec copropriété de la famille (2). Or, l'idée de la succession universelle, de la substitution d'un homme à

(1) Stuart Mill. *Principes d'Economie Politique.*

(2) Cuq. *Institutions juridiques des Romains*, surtout L. I, ch. II, § 1.

un autre au point de vue juridique, si elle a dû être difficilement dégagée comme notion abstraite, apparaît naturellement et sous forme concrète dans une société où les hommes, au lieu d'être considérés comme des individus, sont envisagés comme membres d'un groupement (1). Dans le système patriarcal, la famille est une sorte de corporation et le chef lui-même, malgré l'étendue de ses pouvoirs, est en quelque sorte absorbé dans cette corporation dont il est le représentant. Et comme, au décès du patriarche, la famille continue pourtant d'exister, les droits et obligations qui appartenaient en apparence au défunt, mais en réalité à la communauté, demeurent le patrimoine de celle-ci, et passent ainsi, sans solution de continuité, à celui qui recueille la succession, c'est-à-dire le gouvernement de la famille (2). Plus tard, la personnalité du défunt n'a pu être continuée par son héritier qu'en vertu d'une fiction juridique. Mais la fiction du droit romain classique, fiction sans laquelle il n'y a pas de véritable transmission universelle, était à l'origine la réalité des choses. C'est ainsi encore que la fiction : *hereditas sustinet personam defuncti*, découlait en quelque sorte du droit primitif. A l'origine, en effet, il y a une véritable confusion entre le patrimoine et la famille : témoin le terme de *familia* qui désigne l'un et l'autre (3). La permanence de la famille entraîne celle du patrimoine : et alors même que la famille a cessé d'exister par le décès de son dernier représentant, elle semble encore se survivre à elle-même par son patrimoine.

(1) Sumner Maine. *L'ancien droit*, p. 174.
(2) S. Maine. *L'ancien droit*, p. 176.
(3) L. 195. 1. D. deverb. sign.

Il y avait ainsi, dans le droit ancien, un état de fait qui correspondait à l'idée juridique de transmission universelle du patrimoine et de continuation du défunt par l'héritier. Nous ne prétendons pas que, dès cette époque, les Romains aient analysé en droit la situation, et dégagé l'abstraction qui sert de base à la transmission universelle. Mais parce que les Romains primitifs ignoraient cette abstraction, il ne faut pas en conclure qu'ils ne pratiquaient pas la succession universelle, que la succession, dans l'ancienne Rome, était toujours à titre particulier. C'est là classer et juger les institutions primitives d'après nos idées modernes. En écartant ces idées, nous dirons que la transmission à cause de mort, à l'origine, n'était, en droit, ni à titre particulier, ni à titre universel, mais se présentait en fait avec les caractères d'une succession universelle. C'est précisément parce que l'héritier était substitué à la personne même du chef de famille qu'il pouvait y avoir dès cette époque transmission des dettes. On a nié la transmissibilité des obligations dans le droit ancien de Rome : à cette époque, nous dit-on, l'idée juridique d'obligation est inconnue, c'est la personne même et la personne seule du débiteur qui est obligée. Mais précisément, la personne de l'héritier s'identifie avec celle du défunt. Aussi, tandis que l'adrogé, qui n'est pas substitué à la personne de l'adrogeant, recueille son patrimoine, c'est-à-dire, au sens primitif du mot, la collection de ses biens matériels, sans être tenu de ses obligations, il en est différemment de l'héritier, parce que l'héritier est le continuateur du défunt. L'obligation de l'héritier aux dettes du défunt apparaît ainsi sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir la notion abstraite du patrimoine : *bona deducto ære alieno*, comme une conséquence très

simple de la continuation de la personne du défunt par l'héritier.

Et d'ailleurs, cette idée de la continuation de la personne, cette idée dont les circonstances, le régime de la famille et de la propriété ont pu favoriser, à Rome, le développement, ne devait-elle pas naître de très bonne heure, et par la force même des choses ? Cette idée, loin d'être une abstraction des âges civilisés, « invention admirable du génie humain éliminant la mort des entreprises humaines (1) » n'est-elle-pas, au contraire, une des idées primordiales de l'homme, une de celles qui ont dû s'imposer à lui dès l'origine, et dont il faut faire honneur à la nature plutôt qu'au génie du jurisconsulte ? Qu'un homme veuille et puisse, en effet, se continuer lui-même dans la personne d'un autre homme, c'est la loi d'hérédité (2). Laisser après soi un continuateur de sa personne, telle devait être la préoccupation de l'homme dès les temps antiques : elle était conforme à l'instinct de reproduction de l'espèce et au vœu d'immortalité. La religion s'empara de cette tendance. Dans ce culte des morts, que pratiquaient les Aryens de l'Inde et les anciens Romains, il y a autre chose qu'un rite grossier : il y a déjà l'idée philosophique et moderne que l'homme se survit à lui-même dans la personne de ses enfants. La religion des ancêtres devait ainsi accentuer à Rome comme en Orient, le désir inné chez l'homme de laisser quelqu'un après lui, et don-

(1) Cuq, Nouv. Rev. Hist. 1886, p. 542.

(2) L'École anthropologique moderne fait ainsi dériver le droit de succession de ce que « l'enfant est la continuation physiologique de ses parents » (Tarde, *Les tranformations du droit*, p. 103) et « la continuité du plasma germinatif » (Dr Weissmann, cité par Tarde, ibid.), conduit à rendre le fils responsable des engagements du père.

ner une force singulière (1) à cette idée que l'héritier, qui est de préférence le fils ou le descendant du défunt, est, à tous égards, son continuateur. Le testament, d'après certains auteurs, fut précisément imaginé à Rome pour « perpétuer dans l'héritier la personnalité du testateur (2) », lorsque la descendance naturelle faisait défaut. Le testament primitif, à Rome, jouerait ainsi le même rôle que l'adoption testamentaire à Athènes. Et la règle que « l'institution d'héritier est *caput et fundamentum totius testamenti* », règle qui se maintint jusqu'au Bas-Empire, ne fournit-elle pas un sérieux argument à l'appui de cette conjecture (3) ? C'est pour cela qu'il y avait, à Rome, des héritiers siens et nécessaires : ces héritiers ne peuvent pas refuser la succession qui leur est déférée, puisque, descendants du défunt soit par la nature, soit par les liens de la loi civile, ils ne peuvent pas plus répudier l'hérédité paternelle que l'héritage physiologique de leurs parents. Et, à vrai dire, qui pourrait justifier, au point de vue philosophique, le droit d'option que notre loi accorde aux enfants relativement à la succession paternelle, à ces enfants qui ont à la fois le droit d'exiger leur réserve si la succession est bonne, le droit de faire faillite si elle est mauvaise? Quant aux héritiers simplement nécessaires, on sait qu'il y avait là un procédé inventé par les Romains pour ne jamais mourir sans héritiers, procédé qui atteste encore l'influence de cette idée religieuse que tout chef de famille doit laisser, à sa mort, un représentant de sa maison et de son culte.

(1) Cf. Gide, *Condition privée de la femme*, p. 82.
(2) Carle, *Le origini del diritto romano*, § 397.
(3) Carle, *Origini*, ibid.

Ce qui est certain et essentiel, en droit romain, c'est que l'héritier est le continuateur de la personne du défunt. Et il en était ainsi, alors même que l'héritier ne recueillait aucun des biens héréditaires, quand la succession, antérieurement aux lois qui vinrent restreindre la faculté de léguer, était épuisée entièrement par les legs et affranchissements. Il ne restait alors à l'héritier, suivant l'expression de Gaius (1), que le titre même d'héritier — *inane nomen*. Ce vain titre n'aurait eu aucun sens s'il n'avait impliqué pour l'héritier des droits et des charges : le droit de continuer la maison du défunt, la charge des *sacra privata*. Ainsi l'héritier romain, loin d'être un simple successeur aux biens, restait, même quand il ne recueillait pas les biens héréditaires, le représentant du défunt.

Et cela, qu'il tint son titre de la loi ou du testament. Si, en effet, le droit romain distinguait entre héritiers et légataires, il faisait cette distinction conformément aux principes rationnels. Le légataire était toujours un successeur à titre particulier (2). Quiconque avait vocation actuelle ou éventuelle à la totalité de l'hérédité était héritier, c'est-à-dire représentant du défunt. Les jurisconsultes romains avaient donc su dégager les éléments de la transmission universelle, ils la distinguaient très nettement des legs, et ils assimilaient l'héritier ab intestat à l'héritier institué, en les déclarant l'un et l'autre continuateurs de la personne du défunt.

L'ancien droit germanique repose, en apparence, sur les mêmes principes que le droit primitif de Rome. En

(1) G. II. 224.

(2) L. 36 de leg. 2° : *legatum est donatio testamento relicta.*

Germanie comme à Rome, l'individu ne compte pas, c'est la famille qui est l'unité sociale. Régime patriarcal, copropriété de famille, ces institutions qui justifiaient à Rome la transmission héréditaire, résument encore le droit des personnes et des biens chez les tribus germaniques. Le droit des personnes d'ailleurs est au premier plan ; le lien de la famille, en effet, n'est plus le culte des ancêtres, la maison domestique où les personnes et les choses restent sous la dépendance étroite du chef : le lien de la famille, c'est la solidarité qui unit les parents en vue de la défense de chacun. Les familles sont autant de petits organismes armés pour la lutte, et l'injure faite à un membre provoque la réaction de la famille tout entière ; elle expose tous les parents de l'offenseur à la vengeance de la famille rivale, elle oblige tous les proches de l'offensé à poursuivre la réparation de l'injure. Si la solidarité de la famille devait entraîner indirectement la communauté ou la copropriété des biens, surtout à l'époque où, pour mettre fin aux incessantes guerres privées qui décimaient les familles, on imagina de tarifer les réparations pécuniaires par lesquelles l'agresseur et sa famille apaiseraient la famille offensée, le principe de solidarité accentuait surtout la puissance du lien de parenté ; en même temps, l'intérêt de l'attaque et de la défense disciplinait les parents sous l'autorité du chef commun, mais imposait à celui-ci la mission de garantir le groupe familial. Le chef ou *mundoald* n'était pas seulement un maître redouté comme le *paterfamilias* de l'ancienne Rome, c'était le protecteur de la famille. Quand donc le mundoald venait à disparaître, il importait que quelqu'un prît immédiatement en main la direction de la famille : l'héritier était

avant tout l'héritier du *mundium*, donc le continuateur de la personne du défunt.

Mais la force même du lien de famille devait entraîner, dans notre ancien droit, cette distinction entre héritiers et légataires que le droit romain avait ignorée. Celui-là seul, en effet, qui était uni au défunt par le lien du sang était admis à recueillir sa succession; seul du moins, il avait qualité pour continuer la mission du chef de famille, seul il était héritier. De là ces maximes restées célèbres qui, dès l'époque barbare, formulent la distinction coutumière : *Deus solus heredes facere potest; — Heredes gignuntur, non scribuntur,* etc.

Le testament était tout à fait inconnu en Germanie. Encore après la conquête, celui qui voulait se désigner un successeur devait recourir aux formalités de l'affatomie, sorte d'adoption *in heredem* qui, en France comme en Grèce, semble avoir été imaginée pour suppléer au testament impossible. Peu à peu, il est vrai, le testament romain s'introduisit dans la France barbare, mais le testateur ne pouvait, comme à Rome, instituer un héritier, un continuateur de sa personne.

Telle est encore la règle au moyen âge. A cette époque, la ligne de démarcation entre pays de droit écrit et pays de coutumes s'accuse surtout dans la loi successorale. Tandis que le midi de la France, suivant les traditions romaines, reconnaît le droit de tester et admet l'institution d'héritier, les coutumes maintiennent, en matière de succession, les conséquences du collectivisme familial. De là, une double dérogation aux principes rationnels de la transmission héréditaire : 1° L'unité du patrimoine est brisée à la mort de son titulaire; car la coutume, à défaut d'héritiers en ligne directe, tient compte de la nature et

de l'origine des biens héréditaires, pour en déterminer la dévolution. 2° Non seulement le droit de tester est étroitement limité, mais la volonté de l'homme ne peut faire un héritier : *Institution d'héritier n'a point de lieu.* Seuls, les parents légitimes, qu'ils recueillent d'ailleurs la totalité ou une fraction du patrimoine, continuent la personne du défunt. Les successeurs irréguliers eux-mêmes, qui avaient la saisine comme les parents légitimes, n'étaient que des successeurs aux biens, ils ne représentaient pas le défunt.

Le Code civil a-t-il suivi le système romain ou le système coutumier ? Est-il vrai, en France comme à Rome, que tout successeur qui a vocation actuelle ou éventuelle à l'universalité de l'hérédité est héritier, c'est-à-dire qu'il continue la personnalité juridique du *de cujus*, qu'il est un successeur universel *stricto sensu* ? Ou, au contraire, avons-nous encore, comme jadis les provinces coutumières, des héritiers et des légataires ? On s'accorde généralement à reconnaître que le Code Civil a suivi la terminologie des coutumes (1). D'après le Code, ceux qui recueillent les biens héréditaires par la volonté de l'homme ne sont que des légataires, quel que soit d'ailleurs le titre que leur ait conféré le testateur (article 1002). Mais suivant le système admis en jurisprudence, système qui tend à prévaloir aussi en doctrine, ce n'est là qu'une question de mots, et la distinction entre héritiers et légataires est toute superficielle. Le titre d'héritier n'est qu'un titre honorifique, qui marque le respect dû aux liens de parenté légitime, mais qui ne confère à celui qui en est investi aucun privilège sérieux. Les légataires universels, s'il ne peuvent

(1) Demolombe, t. XIII, § 80.

s'intituler héritiers, n'en sont pas moins *loco heredum* ; et comme les héritiers, ils sont tenus *ultra vires successionis* des obligations du défunt (1).

Nous croyons cependant que la distinction entre héritiers et légataires a une tout autre portée et que le législateur du Code Civil n'a pas seulement emprunté aux coutumes leur terminologie.

Il nous semble d'abord incontestable que c'est l'esprit coutumier qui a inspiré notre législation successorale. On a dit, il est vrai, que la propriété familiale du droit germanique ne pouvait justifier désormais le droit de l'héritier ab intestat, quand le principe même de toutes nos lois est la propriété individuelle des Romains. Il est cependant assez difficile de fonder la succession ab intestat sur la propriété romaine. « L'ordre des successions, disait Montesquieu, dépend des principes du droit politique ou civil et non pas des principes du droit naturel (2) ». Et lors de la rédaction du Code, le tribun Siméon déclarait encore que « la loi des successions procède purement et simplement de la volonté du législateur ». Et cette théorie n'est pas, comme on serait tenté de le croire, la négation même de la propriété privée, car on a pu soutenir que la propriété, étant une relation entre une personne et une chose, devrait logiquement s'éteindre à la disparition de la personne (3). Mais ceci conduirait au moins à supprimer l'héritage, et il est certain que telle n'était pas l'intention des rédacteurs du Code. Treilhard et Bigot-Préameneu ont mieux traduit la pensée commune des rédacteurs en dé-

(1) Demolombe, loc. cit.
(2) Esprit des lois, XXVI, 6.
(3) Cf. Savigny. *Traité de droit romain*, § 57.

finissant la succession « le testament présumé de celui qui décède ab intestat ».

Et alors, il semble que cette conclusion s'impose : si la loi peut faire des héritiers par interprétation de la volonté de l'homme, comment la volonté de l'homme, formellement exprimée, ne pourrait-elle pas faire des héritiers ? — Nous maintenons cependant que la volonté de l'homme ne fait que des légataires, et que la succession par excellence, dans notre droit, reste la succession ab intestat. C'est que le législateur, en formulant le testament présumé du défunt, l'a supposé dicté par le sentiment des devoirs de famille ; il a rédigé le testament modèle de l'homme et c'est ce testament modèle qu'il déclare préférable à tout autre. Le législateur est même allé plus loin : il a donné, dans une certaine mesure, un caractère impératif à la loi successorale, il a imposé au testateur des limites qu'il ne pourrait franchir sans violer la loi ; il lui a interdit de dépouiller entièrement tels héritiers privilégiés. On peut critiquer l'institution de la réserve, mais elle est inscrite dans le Code, et elle prouve qu'en 1804 on a gardé du droit antérieur non seulement l'idée des devoirs de famille, mais celle des droits de la famille. Et à chaque page, dans le Code, ne retrouve-t-on pas des traces de ce principe de la « conservation des biens dans les familles » qui procède lui-même de la copropriété germanique ? Principe suranné peut-être, mais c'est un des axes de notre Code civil.

C'est donc l'influence coutumière qui, en matière de succession, l'a emporté sur l'influence romaine : de telle sorte que la jurisprudence actuelle est au moins contraire à l'esprit du Code.

Et l'examen plus attentif des textes conduit à la même conclusion, à maintenir la distinction tranchée entre hé-

ritiers et légataires. Si déjà les articles 967 et 1002 fournissent au moins une présomption en faveur de notre thèse, puisque c'est le terme de legs qui, d'après notre loi, désigne régulièrement une libéralité testamentaire, les articles 724 et 1004 fortifient cette présomption puisqu'ils accordent la saisine aux héritiers légitimes, et la refusent en principe au légataire universel. Or, dans notre ancien droit, la saisine était accordée aux héritiers, refusée aux légataires. Mais on pousse cet argument et on fait observer que le légataire universel, dans le système du code, a souvent la saisine : ne faut-il pas, en ce cas tout au moins, assimiler le légataire universel à l'héritier? C'est ce que l'on a soutenu dans une doctrine intermédiaire. L'article 724 prouve bien, dit-on, que l'obligation *ultra vires* aux dettes héréditaires est une conséquence de la saisine et qu'il y a ainsi une corrélation entre la saisine et l'idée de continuation de la personne. Mais de l'article 724 il ne résulte qu'une chose, c'est que les héritiers légitimes sont à la fois saisis et obligés *ultra vires* aux dettes de succession : ce qui s'explique facilement, puisque, dans l'ancien droit, la saisine était attribuée aux représentants du défunt, tenus comme tels du paiement des dettes. Et ce qui prouve qu'il n'y a pas corrélation forcée entre la saisine et la continuation de la personne du *de cujus*, c'est que jadis les successeurs irréguliers avaient la saisine, sans être pour cela les représentants du défunt. Pourquoi n'en serait-il pas de même aujourd'hui du légataire universel ?

Sans définir ici la saisine, sans montrer combien la portée actuelle de cette institution doit être réduite, il convient de l'écarter comme critérium de la controverse. Mais d'après la jurisprudence, ce n'est pas le légataire

universel de l'article 1006, c'est tout légataire universel, même non saisi, qui est tenu *ultra vires* des dettes héréditaires. Quel serait le fondement de cette obligation ? Pour l'héritier légitime, il y a un texte, l'article 724 : pour le légataire universel, il n'y en a pas.

La jurisprudence, il est vrai, invoque les articles 1009 et 1012. Il résulte de ces textes que le légataire universel en concours avec un héritier réservataire, comme le légataire à titre universel, est tenu des dettes et charges de la succession « personnellement pour sa part et portion, hypothécairement pour le tout. » Or, aux termes de l'article 2092, « quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens... ». Et l'obligation *ultra vires* des légataires à titre universel est d'autant moins discutable, que les articles 1009 et 1012 reproduisent exactement les termes de l'article 873, relatif aux seuls héritiers légitimes. Il faut cependant repousser cette argumentation qui interprète les articles 1009 et 1012 en isolant les mots : « tenus personnellement » du reste de la phrase. L'objet des articles 1009 et 1012 n'est pas de mettre une obligation personnelle à la charge des légataires, mais de déterminer dans quelle proportion chaque successeur sera exposé aux poursuites des créanciers, lorsqu'il y a plusieurs successeurs à titre universel. Et les textes distinguent suivant que le créancier exerce l'action personnelle ou l'action hypothécaire. L'article 873, que l'on rapproche des articles 1009 et 1012, n'a pas d'autre objet, et l'obligation *ultra vires* des héritiers légitimes ne leur est pas imposée par ce texte, mais bien par l'article 724 qui ne fait aucune allusion aux successeurs testamentaires.

Notre conclusion, c'est qu'aujourd'hui encore les pa-

rents légitimes du défunt sont seuls héritiers dans toute la force du terme.

Ayant ainsi retracé l'évolution du principe de la transmission universelle, et mis en relief l'importance de cette idée que tout successeur universel *stricto sensu* représente le défunt, nous voudrions rechercher l'influence de l'idée de continuation de la personne, et aussi de certaines institutions primitives, comme le collectivisme familial, sur l'acquisition de l'hérédité; montrer notamment comment de très bonne heure il a été dérogé, en matière de transmission héréditaire, au formalisme ancien qui subordonnait la validité des mutations entre-vifs à des cérémonies extérieures et symboliques, comment, dans certaines hypothèses, l'héritier succédait au défunt immédiatement et de plein droit, exposer en un mot les principales phases d'un grand principe juridique : le principe de l'acquisition légale de l'hérédité.

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ROMAIN

1. Si les successeurs universels du défunt sont tous à Rome héritiers ou *loco heredum*, tous n'acquièrent pas de même l'hérédité, et c'est ici qu'ils se classent en catégories : héritiers nécessaires qui succèdent au défunt de plein droit et même malgré eux, héritiers volontaires, qui n'acquièrent l'hérédité que s'ils acceptent. s'ils font adition. Aux uns, l'hérédité est imposée ; aux autres, elle est seulement offerte (1).

C'est cette division qui doit servir de cadre à notre étude.

Elle ne s'applique qu'aux héritiers civils : on sait qu'il y avait aussi à Rome des successeurs prétoriens, qui, lorsqu'ils avaient sollicité du magistrat la *bonorum possessio*, étaient *loco heredum*. Nous aurons donc à déter-

(1) Accarias, t I, n° 343, p. 917.

miner suivant quels principes était acquise la *bonorum possessio*, et quelle a pu être l'influence de l'institution prétorienne sur l'hérédité civile.

CHAPITRE PREMIER

ACQUISITION LEGALE DE L'HÉRÉDITÉ PAR LES HÉRÉTIERS NÉCESSAIRES

2. Parmi les héritiers nécessaires, on distingue les héritiers siens et nécessaires et les héritiers simplement nécessaires.

Les héritiers siens et nécessaires, ce sont les enfants en puissance, qu'ils viennent à la succession du père de famille par l'effet de la loi ou du testament ; dans ce dernier cas cependant, les fils de famille ne sont pas héritiers nécessaires, s'ils ont été institués sous la condition *si voluissent*.

Quant aux héritiers simplement nécessaires, ils comprennent les esclaves simultanément affranchis et institués par le testament de leur maître. Tout esclave, en effet, peut être institué héritier : mais tandis que l'esclave d'autrui acquiert la succession à son maître et comme héritier externe, l'esclave du testateur est personnellement investi de l'hérédité, en qualité d'héritier nécessaire.

3. Les héritiers nécessaires succèdent de plein droit au

défunt; ils lui sont juridiquement substitués, qu'ils le veuillent ou non, sans manifestation de volonté de leur part, et alors même qu'ils n'auraient pas de volonté ; ainsi *l'infans*, le *furiosus*, incapables de faire adition, incapables d'acquérir l'hérédité comme *extranei* l'acquièrent naturellement en qualité d'*heredes necessarii*.

L'acquisition de l'hérédité ne se distingue donc pas ici de la délation : c'est à l'instant même du décès que l'héritier nécessaire vient occuper la place du défunt et recueillir les biens héréditaires. On a cependant conjecturé, d'après un texte de Julien (L. 42, D. de hered. instit.) que sous l'empire des lois caducaires, l'esclave ne devenait libre et héritier qu'après *l'apertura tabularum*. Peut-être en était-il ainsi dans quelque hypothèse exceptionnelle ; mais en thèse générale, l'ancienne règle s'est maintenue : d'après Gaius, en effet (II. 153), l'esclave devient *omni modo post mortem testatoris liber et heres* ; et rien n'est plus net que le texte d'Ulpien (L. 3, § 4. D. de hered. instit.) : *aperturæ tabularum dilatio necessarii heredis jus non mutat*. Si le terme de *necessarius* comprend parfois et semble bien comprendre ici l'héritier *sien et nécessaire*, du moins ne saurait-il exclure l'esclave qui est *l'heres necessarius* par excellence.

Section I. — Acquisition légale de la propriété des biens héréditaires

4. L'héritier nécessaire acquiert ainsi, à la mort du *de cujus*, la propriété de l'hérédité et des biens héréditaires. C'est un principe certain ; mais ce principe constitue une

remarquable anomalie en droit Romain. Il fallait en effet à Rome, suivant le matérialisme antique (1), un acte extérieur pour la transmission ou la simple acquisition de la propriété : c'était l'appréhension ou la tradition des *res nec mancipi* ; c'étaient, d'après le *jus quiritium*, les formalités solennelles, les rites de la *mancipatio*, et la possession publique dans l'*usucapio*. Ici au contraire, rien : aucune forme précise, aucun acte matériel, aucune de ces opérations qui, dans le droit ancien, semblaient à la fois une prise à témoins et une mise en demeure adressée au peuple de consacrer le transfert de la propriété quiritaire, et d'en garantir à l'avenir les conséquences juridiques. Le peuple n'intervient pas dans la transmission universelle ; l'autorité constituée n'a pas non plus à vérifier le titre de l'héritier ; et cependant, l'acquisition d'une hérédité entière n'a-t-elle pas une importance capitale, ne met-elle pas en jeu les intérêts les plus divers, privés ou publics ?

Ce n'est pas assez, et l'anomalie est plus frappante encore. Non seulement, en effet, le droit romain n'exige pas ici cet acte extérieur qui consomme la transmission de la propriété et des droits réels à titre particulier, mais il ne réclame même pas du successible une manifestation de volonté ; l'*heres necessarius* succède au défunt de plein droit : c'est l'acquisition légale dans toute sa force.

5. La solution du problème est facile ; l'hérédité nécessaire s'explique très naturellement par les institutions primitives. J'ai dit plus haut que l'idée abstraite de transmission universelle était inconnue des premiers Romains ; mais que, grâce à l'organisation de la famille et de la pro-

(1) Cf. Ihering. *L'esprit du droit romain*, t. III, § 48.

priété, la succession *in universum jus defuncti* se réalisait très simplement en fait : c'était un de ces événements qui avaient pour théâtre la maison familiale, qui s'accomplissaient en quelque sorte sous les yeux des Lares domestiques, sans l'intervention des *gentes*, sans la réglementation du *jus*. Déjà cependant régnait un principe qui devait plus tard entraîner des conséquences de droit : l'héritier continue la personne du défunt. Ce principe, à l'époque classique, aurait pu justifier à lui seul l'acquisition légale de l'hérédité par tout héritier *domesticus* ou *extraneus*. Car la représentation juridique du défunt est chose immatérielle qui peut difficilement se traduire en solennités extérieures, qui n'existe que par la loi ou par la coutume : il semble donc que l'héritier doit représenter de plein droit le de cujus, et acquérir de plein droit l'hérédité et les biens héréditaires. Le droit romain n'alla pas jusque là, puisqu'il maintint la nécessité de l'adition pour toute une classe d'héritiers. L'idée que l'héritier continue la personne du défunt ne suffit donc pas pour expliquer l'acquisition légale de l'hérédité. Mais une autre notion avait subsisté des institutions quiritaires : celle de copropriété familiale. C'est la copropriété des héritiers siens qui explique l'hérédité nécessaire, non seulement au cas où c'est en effet un *suus heres* qui revendique la succession paternelle, mais aussi et par contre coup dans l'hypothèse d'un esclave institué par son maître : car pour déterminer la condition des héritiers nécessaires proprement dits, il faut, à notre avis, partir de ce principe qu'ils furent assimilés aux héritiers siens (1), et qu'on leur appliqua, parfois après controverse, les mêmes règles qu'à ces derniers.

(1) Ulp. Reg., XXII, 24.

6. La copropriété des *heredes sui* est attestée par les jurisconsultes classiques, dans des passages célèbres : c'est Gaius qui explique ainsi la dénomination d'héritiers siens (II, 157) : *Sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parenti quodammodo domini existimantur.* C'est Paul, qui dans la L. 11, D. de liber. et post., justifie l'hérédité nécessaire en ces termes : *In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur... itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam administrationem consequuntur.*

Pendant longtemps, on a répété que la copropriété des héritiers siens était une fiction juridique, imaginée par les prudents à l'appui d'innovations équitables, telles que la nécessité d'une exhérédation expresse. Aujourd'hui, on y voit plus volontiers un reste de la copropriété familiale ; mais quelle que soit la solution de ce problème historique, il faut éviter de donner une trop grande portée juridique, et surtout une précision excessive à cette idée que les héritiers siens sont copropriétaires du patrimoine paternel *etiam vivo patre*. Bien des romanistes se sont laissés aller à cette exagération, depuis Bartole et Doneau qui, suivant la doctrine de la Glose, déclaraient qu'il n'y avait pas pour les héritiers siens d'hérédité à proprement parler, jusqu'à Huschke (1) qui interprète encore en ce sens le fragment de Paul, pour expliquer la L.2,C.VII,92.

(1) *Ueber die usucapio* PRO HERede, dans la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtwissenschaft*, 1848, p. 170. — Cité par DUBOIS.

Huschke rappelle à cet égard la controverse qui avait divisé Proculiens et Sabiniens au sujet de l'*in jure cessio hereditatis*. Les Sabiniens, d'après lui, partaient de ce principe que l'on ne peut céder *in jure* son propre patrimoine ; et il en concluaient que l'héritier sien ne pouvait comme un autre successeur aliéner ainsi l'hérédité acquise : car, en droit, l'héritier sien n'acquiert pas l'hérédité même, mais seulement la libre administration d'un patrimoine sur lequel il avait déjà un droit de copropriété. Les Proculiens, au contraire, assimilaient ici l'héritier nécessaire à l'héritier sien (G. II, 37. — III, 87). La controverse entre les deux écoles s'était elle posée en ces termes ? Il est permis d'en douter, car le motif de la décision sabinienne, tel que l'indique Huschke, n'est pas consigné dans Gaius. C'est au texte de Paul que le romaniste allemand emprunte son argumentation. Paul dit en effet que les héritiers siens *post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam administrationem consequuntur*. Mais il ne faut pas donner à cette phrase une valeur absolue ; il ne faut pas aller jusqu'à dire que l'héritier sien n'est pas un héritier, parce qu'il ne peut acquérir la propriété de sa propre chose. Paul lui-même ne vient-il pas de dire que les héritiers siens sont du vivant de leur père *quodammodo domini* ? Et en effet, comment soutenir que les héritiers siens ont avant le décès du *paterfamilias* un véritable droit de propriété sur son patrimoine ? Les héritiers siens, ce sont les enfants en puissance ; ils n'ont aucune capacité juridique, puisqu'en droit leur personnalité s'absorbe dans celle du père de famille. Il suffit même, d'après M. Maynz (1), « de signa-

(1) T. III. § 359.

ler ce qu'il y a de bizarre et d'illogique à attribuer un droit de propriété à des individus qui non seulement sont déclarés incapables de rien avoir à eux, mais qui appartiennent en propre au paterfamilias », pour déclarer « l'idée d'une propriété collective de la famille absolument incompatible avec le droit des Quirites. » Ceci est l'exagération inverse et il faut bien croire que l'incompatibilité signalée par M. Maynz n'est pas irréductible, puisque tant de romanistes adhèrent aujourd'hui à cette doctrine de la copropriété familiale que le savant professeur belge ne craignait pas de qualifier d' « hérésie historique », mais qui est au moins la plus vraisemblable des hypothèses. — L'idée de la famille-corporation (1) résout assez bien la contradiction : ce n'est pas le père, c'est la famille qui, dans le droit ancien, semble seule avoir une personnalité juridique : c'est la famille qui est le vrai titulaire du patrimoine, et, s'il y avait à déterminer le droit des enfants en puissance, il faudrait dire qu'ils sont dépositaires plutôt que propriétaires du patrimoine et que le paterfamilias lui-même a seulement cette libre administration que les héritiers siens recueilleront à sa mort. Mais cette analyse est parfaitement inutile, je dirais même déplacée. Les déductions de M. Maynz et de M. Huschke nous montrent en effet le défaut des formules appliquées aux institutions primitives ou aux dernières traces de ces institutions. La précision juridique devient ici la plus dangereuse des inexactitudes. Il ne faut pas mettre de la logique là où il n'y en a pas, et jusque dans les créations spontanées d'un peuple enfant : c'est ici qu'il faut tempérer par des *quasi* ou des *quodammodo* le langage scientifique auquel nous

(1) Cf. plus haut, Introd. p. VII et S. MAINE, loc. cit.

sommes accoutumés. Dans le cas particulier d'hérédité nécessaire, le motif historique, c'est « une sorte de copropriété de famille », le principe juridique et certain, c'est l'acquisition légale de l'héritier par les héritiers nécessaires.

Section II. — L'héritier nécessaire acquiert-il *ipso jure* la possession héréditaire ?

§ 1er. — Solution classique, contraire aux principes rationnels.

7. Les héritiers nécessaires acquièrent donc de plein droit la propriété des biens héréditaires; mais en acquièrent-ils en même temps la possession? Il y a sur ce point essentiel une controverse qui remonte au moyen âge et qui dure encore. Pour ma part, j'adopterai sans hésiter l'affirmative; je crois que dans l'hérédité nécessaire il y a transmission *ipso jure* de la possession comme de la propriété du patrimoine. Mais je n'ignore pas que cette solution a peu de partisans et que pendant longtemps on a nié catégoriquement l'acquisition légale de la possession par les héritiers siens. Cujas revient sans cesse sur cette idée : « *Possessio non adquiritur, nec enim ad eam adquirendam nuda voluntas sufficit. Hoc de herede extraneo proponitur initio hujus legis.* (L. 23, D. 41, 2). *At in suo herede idem juris est .... ipso jure heres existit, id est apparet confestim..... eaque existentia, ut ita dixerim, sui heredis jus quidem universum statim a morte parentis in suum heredem transfert, sed non etiam possessionem. Possessio non adquiritur ipso jure sine naturali apprehensione.* » (Cujac. op., T. VIII. c. 275). Et

sur la L. *in suis heredibus* de Paul : « *Quod autem de dominio traditur hoc loco, interpretes quœrunt an ad possessionem pertineat. Et verius equidem esse arbitror non continuari possessionem mortuo patre quæ nec eo vivo communicata filio intelligitur : itaque apprehendi eam oportere post mortem patris, ut filio adquisita videatur.* » L'opinion de Cujas a certainement exercé ici une grande influence, et bien des romanistes après lui se sont inspirés de ses commentaires pour affirmer que l'héritier sien n'acquiert pas la possession du patrimoine paternel à la mort du chef de famille ; la même solution s'imposait à fortiori, pour l'esclave héritier nécessaire. Le triomphe de cette doctrine s'explique d'ailleurs facilement. D'abord, jusqu'à notre siècle, on ignorait Gaius, et c'est seulement depuis l'Apographon de Studemund que l'on possède le texte exact des passages où Gaius déclare l'usucapion *pro herede* impossible en présence d'héritiers nécessaires ; jusque-là, deux fragments seuls auraient pu servir de base à l'argumentation si solidement établie en 1880 par M. Dubois : la L. 2 C. VII, 29 et la L. 29, D. 41, 3. Ces textes, on les commentait tant bien que mal, on renonçait même à les concilier avec la doctrine régnante. Jusqu'à la fin du XVI^e^ siècle cependant, la thèse de l'acquisition légale par l'héritier sien et nécessaire, sinon par l'esclave, avait rencontré des partisans convaincus : Accurse, Bartole, Alciat, Doneau l'ont soutenue avec ardeur « mais aussi avec une exagération qui l'a compromise et qui a fini par la perdre. On croyait y voir l'origine de la saisine coutumière du droit Français. On prétendait justifier notre célèbre maxime : « Le mort saisit le vif (1)... »

(1) Dubois, *Nouv. Rev. hist.* 1880, p. 102.

La réplique était dès lors facile ; mais Cujas, Tiraqueau, Vinnius, Halliger, etc., s'ils repoussaient avec raison une origine historique qui nous semble en effet problématique, prétendaient à leur tour établir une opposition radicale entre les principes du droit romain et ceux du droit coutumier, en matière de possession et de saisine. Cujas, en cela précurseur de Savigny, n'hésitait pas à déclarer la saisine héréditaire contraire aux principes romains et même aux principes rationnels sur l'acquisition et la transmission de la possession (1). Le point de départ de la controverse, c'est la définition même de la possession. Cujas, lorsqu'il écarte l'origine romaine de la saisine, lorsqu'il rejette l'acquisition légale de la possession par l'héritier sien, ne manque pas d'invoquer cet argument péremptoire que la possession est *res facti*, que nous ne saurions acquérir *sine naturali apprehensione*. C'est parce qu'il faut à toute force une appréhension de fait pour l'acquisition de la possession que la saisine ne peut être qu'une fiction et une fiction irrationnelle.

8. Primitivement sans doute la possession n'est qu'un simple fait ; elle est comme telle antérieure à la notion même de propriété, et se confond avec la détention matérielle : c'est purement et simplement le pouvoir physique qu'on a sur une chose et il est exact de dire alors avec Paul qu'elle est *facti non juris* (L. 1, § 3. D. 47, 2).

Mais ce n'est pas en ce sens que l'on entend généralement le mot possession et que ce mot figure fréquemment dans les textes. On distingue alors la possession de la détention et il n'y a possession que s'il y a chez le détenteur de la chose l'*animus rem sibi habendi* (2). En outre, la

(1) Cuj. op., t. VIII, c. 275.

(2) Maynz, t. I. § 81.

possession implique chez le possesseur une certaine capacité juridique. L'esclave, le fils de famille, ne peuvent posséder : *tenent, non possident.* (L. 49 § 1, D. 41, 2 — L. 44 § 4, D. 41, 3. — LL. 93 et 118. D. de Reg. Jur.). Est-ce donc qu'ils ne sauraient avoir *l'animus rem sibi habendi* ? Il serait déraisonnable de le supposer (1). L'esclave ou le fils de famille ne peuvent posséder parce qu'ils n'ont pas de personnalité juridique, parce qu'ils n'ont pas la possibilité légale de posséder. Comment donc ce prétendu fait de la possession peut-il dépendre de la capacité juridique ? En fait on possède ou on ne possède pas, on a une chose en son pouvoir ou on ne l'a pas, indépendamment de la question de savoir si l'on a le droit de l'avoir ou si l'on est capable de l'avoir. C'est que la possession a été légalement sanctionnée ; et par là même, la notion s'en est singulièrement compliquée, le fait de la possession a fait naître un *droit.* Le possesseur a un droit, un droit qui logiquement serait transmissible comme tout autre droit ; c'est pour avoir méconnu la distinction entre le fait de la possession et ses conséquences juridiques que Savigny, Randa et récemment encore Van Wetter (2) ont nié la transmissibilité de la possession. Cependant la distinction entre la possession état de fait et ses conséquences juridiques, a fait des progrès en Allemagne et en Autriche. Ihering, Esmarch, Bekker, Strohal l'ont nettement posée et concluent à la transmissibilité du *jus possessionis.* Les avantages juridiques de la possession, sinon la possession elle-même, constituent un droit séparable du fait de la possession et transmissible par na-

(1) Riccobono. *La teoria del possesso.* Archiv. Giurid., t. L, p. 237-38.

(2) *Traité de la possession en Droit Romain,* p. 50, sqq.

ture. Le *jus possessionis* d'ailleurs ne se confond pas avec le *jus possidendi* ou droit à la possession, qui n'est que le droit de propriété envisagé à un certain point de vue ; il n'est cependant pas inutile de noter que le propriétaire a *le jus possidendi* : on est amené ainsi à lui reconnaître le droit d'appréhender la chose dont il aurait acquis la propriété et dont personne n'aurait la possession, situation fréquente au cas de transmission universelle ; si au contraire la chose est aux mains d'un tiers, celui là seul pourra en réclamer la détention matérielle qui a le droit de possession, *jus possessionis*.

Le *jus possessionis* est donc un droit transmissible, et logiquement l'acquisition de la propriété entraîne celle de la possession, pourvu que l'aliénateur eût lui-même la possession; en effet, le propriétaire qui aliène sa chose, s'il en a la possession, — et j'entends par là le *jus possessionis*, — doit transmettre simultanément à l'acquéreur la propriété et la possession de cette chose ; il y aurait dol de sa part à agir autrement. L'acquéreur, dès l'instant où il est propriétaire, doit jouir des avantages de la possession; exiger de lui une *apprehensio naturalis* pour lui transmettre la possession, c'est le mettre parfois dans l'impossibilité de posséder : car si la chose est aux mains d'un tiers, l'acquéreur ne peut l'appréhender sans agir au possessoire et, pour cela, il faut qu'il invoque la possession de son auteur et sa qualité personnelle de *juris possessor*. C'est grâce à la transmission du *jus possessionis* que l'acquéreur peut réclamer *de plano* la protection possessoire.

9. Dans quelle mesure les jurisconsultes romains ont-ils reconnu ces principes? C'est ce que nous aurons à discuter plus loin ; ici nous avons voulu surtout analyser à priori l'idée de possession. Remarquons cependant que

l'expression de *jus possessionis* est romaine, qu'elle se rencontre fréquemment dans les textes(1); que d'après Papinien (L. 49, § 1. D. *ht.*): *Possessio non tantum corporis sed et juris est*, et que bien des solutions pourraient justifier cette affirmation du grand jurisconsulte. Ainsi apparaît par places, en Droit Romain, l'idée très juste que la sanction légale donnée à la possession, procure au possesseur un droit. Mais la notion de la *possessio res facti* subsistait encore et obscurcissait les vrais principes. Il y a ainsi en droit romain, sur la définition même de la possession, deux courants d'idées opposés, et cette dualité suffit pour expliquer l'incohérence de certaines solutions.

Quant à la transmission simultanée de la propriété et du *jus possessionis*, elle allait de soi le plus souvent : la plupart des modes d'acquisition de la propriété à titre particulier reposent en effet sur la transmission ou sur l'acquisition de la possession ; il est bien certain dès lors que l'acquéreur devient à la fois propriétaire et possesseur, si même il n'a pas acquis la possession avant la propriété. On peut seulement se demander si l'acquéreur continue la possession même de l'aliénateur ou commence une possession nouvelle, et nous aurons à résoudre le même problème au sujet de l'héritier. Il y a cependant tel mode d'acquisition de la propriété qui n'implique pas nécessairement la prise de possession : ainsi la mancipation. Le plus souvent l'appréhension accompagne ici le transfert de propriété, l'étymologie même du mot mancipation l'indique. Si néanmoins la chose n'a pas été livrée au moment de l'accomplissement des formalités *per æs et*

(1) Cf. L. 44, pr., D. 41, 2. — L. 2., § 38, D. 43,8. — L. 5, C. 7,16, etc.

libram, l'acquéreur est bien désormais propriétaire *ex jure quiritium*, mais il n'aura la possession de la chose qu'après une appréhension matérielle. C'est donc la notion primitive de la possession qui l'a emporté ici : mais il n'y a pas lieu de s'en étonner, puisque la mancipation est le plus ancien des modes d'acquisition. En somme, il n'y a rien à conclure de ce qui a lieu au cas de transmission particulière et la question reste entière dans l'hypothèse de transmission universelle.

Si nous appliquions purement et simplement les principes logiques sur le *jus possessionis*, nous n'aurions qu'à dire : l'héritier nécessaire acquiert de plein droit la propriété du patrimoine et des biens héréditaires : donc il en acquiert aussi de plein droit la possession. Mais en droit Romain, cela ne suffit pas, puisqu'il n'y a rien de bien net dans les textes sur la nature et la transmissibilité du *jus possessionis*. L'héritier nécessaire acquiert-il *ipso jure* la possession héréditaire ? Nous n'en savons rien, et l'affirmative, comme la négative, nous semble possible. Voici maintenant les arguments de textes et les considérations historiques qui nous déterminent à répondre par l'affirmative.

§ 2. — Thèse de l'acquisition légale. Arguments à l'appui de cette thèse.

10. On connaît le beau travail qui, en 1880, a ranimé la vieille controverse sur l'acquisition légale de la propriété par l'héritier. L'érudition et l'impartialité de cette étude sur *la Saisine héréditaire en droit romain* suffiraient à entraîner la conviction du lecteur. Et ce qui en accroît encore la valeur, c'est la hardiesse dans l'hypo-

thèse, la rigueur dans l'argumentation et jusqu'à la nouveauté des sources, puisque M. Dubois utilise l'Apographon de Studemund, et fonde sur les textes revisés de Gaius sa démonstration de cette idée : que l'impossibilité de l'*usucapio pro herede* en présence des héritiers nécessaires s'explique par la « saisine » que le droit romain aurait admise à leur profit.

Jusqu'à la découverte de Gaius en effet, un seul texte mentionnait cette impossibilité de l'*usucapio lucrativa* en présence d'héritiers nécessaires ; encore ce texte parlait-il spécialement des héritiers siens et nécessaires : « *Nihil pro herede posse usucapi, suis heredibus existentibus, magis obtinuit.* » L. 2. C. VII, 29.

Aucun commentateur n'avait d'ailleurs songé à rapprocher de ce texte de la L. 29, D. 41, 3 : *nec pro herede usucapi potest quod ab herede possessum est.* On donnait de la L.2 des explications assez singulières. C'est ainsi que d'après Cujas, le rescrit de Dioclétien et de Maximien aurait repoussé seulement l'*usucapio pro herede* proprement dite, laissant place à une prétendue *usucapio pro bonorum possessore*, qui n'a certainement jamais existé ; et cependant D. Godefroi, Pothier, d'autres encore avaient admis cette explication. Cujas en a donné une autre qui déjà serait préférable : la présence des héritiers siens empêche l'*usucapio pro herede* parce qu'à vrai dire, il n'y a pas ici d'hérédité, à cause de la copropriété de famille ; c'est l'idée qui a été reprise par Huschke avant la publication de l'Apographon, idée dont je critiquais tout à l'heure l'exagération. Du moins cette explication a-t-elle un mérite : elle place la question sur son véritable terrain, la L. 11 de Paul. C'est Duaren qui jadis a le mieux compris la relation entre la L. 2 et la

L. 11. « Si la loi 2 déclare l'usucapion impossible quand il existe des héritiers siens, c'est parce que ceux-ci acquièrent de plein droit non seulement la propriété, mais encore la possession. Se borner en effet à dire que la propriété leur passe *ipso jure*, ce n'est nullement expliquer l'impossibilité de l'usucapion : car l'usucapion n'est pas impossible par cela seul qu'il y a un propriétaire. Tout au contraire, elle suppose qu'il y en a un..... Mais que l'héritier sien soit non seulement propriétaire, mais encore possesseur, alors on s'explique que l'usucapion soit impossible (1). » C'est ce qu'à très bien vu Duaren qui s'exprime ainsi au sujet de la L. 11 et des héritiers siens (2). *Videntur possessores... rerum hereditariarum... etiam quum non apprehendantur.* Néanmoins, Duaren pense que les héritiers siens n'ont pas une possession véritable et proprement dite, mais seulement une quasi-possession. C'est précisément parce que les héritiers siens n'ont qu'une quasi-possession que la solution de la loi 2 n'aurait été admise qu'après controverse, comme l'indiquent les mots *magis obtinuit*. Le commentaire si judicieux de Duaren semble avoir trouvé un écho du XVIII^e^ siècle en Hollande ou un auteur peu connu ne craint pas d'avancer que « le *suus heres*, en même temps qu'il devient héritier sans adition, acquiert aussi la possession de l'hérédité *ipso jure*, sans aucun acte d'appréhension (3) ». C'étaient là des idées subversives ; elles choquaient directement la doctrine courante sur la possession du droit romain ; aussi n'y a-t-il pas lieu de s'étonner qu'elles aient rencontré peu

(1) Dubois, *loc. cit.* p. 112-113.

(2) *Duareni selectæ interpretationes. Ad. tit. de liberis et postumis.*

(3) Branchu. Cité par Dubois. N. 27.

d'adhérents. Il aurait fallu d'ailleurs généraliser le système, l'étendre à l'héritier simplement nécessaire. Nul ne s'en avisa. Tout au contraire, après la découverte des Institutes de Gaius, on corrigea les textes relatifs à l'usucapion *pro herede* au cas où il y a des héritiers nécessaires, pour les mettre en harmonie avec la théorie classique.

11. Indépendamment du § 52 Comm. II, qui venait corroborer la L. 29 au Dig., les interprètes se trouvaient en présence des §§ 58 Comm. II, et 201 Comm. III. Ces passages étaient de lecture assez difficile. Après examen du palimpseste et discussion des leçons proposées, après suppression de lettres ou de syllabes qui semblaient erronées, le texte qui prévalut et fut reproduit, sauf variantes de détail, par les éditions de Goschen, Lachmann, Huschke, etc., fut le suivant:

§ 58. — Et necessario tamen herede extante ipso jure pro herede usucapi potest.

§ 201. — Rursus ex diverso interdum rem alienam occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri : velut res hereditarias, quarum heres nondum nactus possessionem (est), si (1) necessarius heres esset ; nam necessario herede extante placuit, ut pro herede usucapi possit.

Dans ces termes, les §§ 58 et 201 confirmaient l'opinion reçue : possibilité de l'usucapion *pro herede* en présence d'héritiers simplement nécessaires. Il s'agissait seulement de concilier ces textes avec la L. 2 au Code, et de justifier la différence qui avait été faite à cet égard entre les héritiers siens et les héritiers nécessaires. Ce point a été touché dans un grand nombre de travaux, surtout en Alle-

(1) Huschke : *licet*.

magne : mais aucune explication satisfaisante n'a été donnée et ne pouvait l'être, puisque tous les interprètes raisonnaient sur des textes fautifs.

Il a fallu la nouvelle lecture de Studemund pour rétablir la teneur originale des §§ 58 et 201. Studemund a pu déchiffrer les lettres restées jusque là illisibles, il a conservé celles qui avaient été supprimées dans les éditions antérieures, notamment une N barrée du § 201 : en définitive, le sens même de la phrase est renversé dans le § 201 comme dans le § 58, et il ressort nettement de ces passages que l'usucapion *pro herede* est impossible en présence d'*heredes necessarii*. Nous avons désormais un ensemble de textes tout à fait cohérent :

1° L'usucapion *pro herede* est impossible en présence d'héritiers nécessaires *lato sensu* :

G. II 58, d'après l'Apographon : et necessario tamen herede extante *nihil* ipso jure pro herede usucapi potest.

G. III 201 :... veluti res hereditarias, quarum heres non est nactus possessionem, *nisi* necessarius heres esset (1), nam necessario herede extante placuit, nihil pro herede usucapi posse.

Et la L. 2. au Code.

2° Il faut, pour pouvoir usucaper, *pro herede*, posséder les biens héréditaires avant l'héritier.

G. II. 52 et Pomponius, L. 29 au D. 41. 3.

12. Le simple rapprochement de ces textes fait pressentir l'argumentation très simple et très forte de M. Dubois : il résulte en effet des textes de Gaius et de Pomponius « que la condition fondamentale de l'usucapion c'est que celui qui prétend usucaper possède les

(1) ou *extet*.

choses de la succession... avant l'héritier lui-même. La question est ainsi ramenée à savoir *lequel des deux possède le premier* (1). » Quand l'héritier externe a fait adition il est certainement propriétaire comme l'héritier nécessaire : et cependant l'usucapion reste possible après l'adition tant que l'héritier externe n'a pas appréhendé les biens héréditaires. Il suffit au contraire qu'il y ait un héritier nécessaire pour que l'usucapion soit impossible. La cause de cette différence ne saurait être dans le mode d'acquisition de la propriété, puisqu'au point de vue de la propriété, la situation de l'héritier externe après adition est identique à celle de l'héritier nécessaire. Il faut qu'il y ait une autre cause : elle est dans le mode d'acquisition de la possession. « Si la présence de l'héritier externe et même son adition ne font pas obstacle à l'usucapion, c'est parce qu'il peut avoir la propriété sans avoir la possession, et que dès lors il peut se faire qu'un autre possède avant lui. Si, à l'inverse, la seule présence d'un héritier nécessaire quelconque empêche l'usucapion, c'est parce que la possession lui est acquise de plein droit, en même temps que la propriété, à l'instant même où meurt le *de cujus*. Dès lors la condition essentielle de l'usucapion est irréalisable. Jamais celui qui prétend usucaper ne pourra avoir possédé *avant* l'héritier, puisque celui-ci possède, au moment même où le de cujus, en cessant de vivre, a cessé de posséder. Il n'y a pas d'interruption de possession, tout est là (2). » La transmission légale de la propriété serait impuissante à empêcher l'usucapion, car Pomponius ne dit pas, « *nec pro herede usu-*

(1) Dubois, loc. cit. p. 439.

(2) Dubois, loc. cit. p. 440.

capi potest quod heredis fuit, mais bien *quod ab herede possessum est.* » Il faut donc admettre que l'héritier nécessaire acquiert de plein droit non seulement la propriété mais la possession de l'hérédité et des biens héréditaires.

13. Il ne suffit pas cependant de déduire cette solution des textes, il faut la justifier. Nous savons en effet qu'elle ne saurait être présentée comme une application pure et simple du principe rationnel, suivant lequel il doit y avoir acquisition simultanée de la propriété et de la possession, puisque le droit romain n'a pas reconnu formellement ce principe, ni même proclamé nettement la transmissibilité du *jus possessionis*. Notons toutefois que s'il y a une hypothèse où la transmission juridique de la possession se conçoit facilement, c'est assurément celle de transmission universelle. Quel devait être en effet l'obstacle majeur au triomphe de cette idée que le *jus possessionis* est un droit transmissible ? N'était-ce pas le caractère personnel de ce droit? Les jurisconsultes romains eux-mêmes reconnaissent en effet que la possession légale n'est pas un simple fait; ils admettent un *jus possessionis*; mais ce droit repose sur un fait dont il semble difficilement séparable : c'est un droit attaché à la personne même du titulaire, intransmissible, parce qu'il dépend d'un rapport intime et matériel, d'un contact entre la personne et la chose. Mais précisément l'héritier continue la personne du défunt, il lui est juridiquement substitué : n'est-ce pas assez pour admettre qu'il y a aussi substitution matérielle, et que l'héritier a la possession même du défunt dès l'instant où il le représente, dès l'acquisition de l'hérédité ? Il n'est pas certain que les jurisconsultes romains aient raisonné ainsi : c'est un point que j'aurai à discuter plus loin ; pour le moment, j'écarte une explication qui ne sau-

rait être restreinte au cas d'hérédité nécessaire et qui dès lors établirait un préjugé pour les autres hypothèses.

14. Mais l'acquisition légale de la possession héréditaire s'explique historiquement. Puisqu'en effet on reconnaissait aux héritiers siens une sorte de copropriété *vivo patre*, on devait aussi leur reconnaître une sorte de *copossession*. Comme le dit très justement M. Dubois, « l'époque à laquelle remonte la copropriété de famille est tellement reculée que l'on ne devait pas alors distinguer la propriété et la possession. C'est là une distinction, fort exacte sans doute, mais délicate et raffinée qui suppose un état de civilisation déjà fort avancé et qui n'a dû par suite s'introduire que beaucoup plus tard. La propriété et la possession étant confondues, la copropriété *vivo patre* entraîne forcément la copossession *vivo patre*... et si le fils avait de plein droit à la mort du père la propriété de toute la succession, il fallait qu'il en eût de même la possession de plein droit (1). »

15. On a fait beaucoup d'objections à l'idée de la copossession de famille. D'abord aucun texte ne la signale. — C'est peut-être parce que l'idée de copossession, comme j'espère le démontrer, devait paraître encore plus naturelle à l'origine que la copropriété même des *heredes sui* ; on ne prenait pas la peine de l'exprimer. D'ailleurs, M. Dubois cite un texte de Pline le Jeune (2) qui semble bien mentionner la copossession des héritiers siens. Pline, en effet, s'exprime ainsi au sujet des biens que les héritiers siens viennent recueillir au décès du pere : *(bona) quæ nunquam ut aliena et speranda, sed ut sua* SEMPERQUE POSSESSA,

(1) DUBOIS, loc. cit., p. 441.

(2) Panégyrique de Trajan, nº 37.

ac deinceps proximo cuique transmittenda cepissent. Voilà bien l'hérédité domestique, la copropriété (*sua*) et la copossession (*semperque possessa*) des héritiers siens. Ce texte a une très grande précision juridique, et c'est en vain qu'on en conteste la portée (1) ; on ne saurait nier qu'il met sur la même ligne la possession et la propriété. Or nous savons que les héritiers siens étaient copropriétaires.

Mais, dit-on, il ne faut pas conclure de la propriété à la possession, d'autant moins que la copropriété des héritiers siens n'est pas un principe juridique ; soit, mais c'est précisément parce que les héritiers siens ne sont pas copropriétaires en droit strict, c'est parce que leur *condominium* n'est qu'un vestige de la copropriété familiale qu'il ne faut pas non plus définir et séparer soigneusement la propriété et la possession. La copropriété familiale est une institution primitive qui résiste à l'analyse juridique ; pour employer l'expression de Leist, c'est une vérité « assez nuageuse ». N'y distinguons pas avec tant de rigueur la possession de la propriété, et nous n'aurons pas à conclure de la propriété à la possession. Ainsi procède M. Dubois : il reconnaît une copossession aux héritiers siens parce qu'à l'époque de la copropriété familiale on ne devait pas distinguer la propriété et la possession . — Mais il faut distinguer, répliquent nos adversaires. Sans doute, « la véritable possession a pu être ignorée à l'origine, mais certainement la notion de la simple détention matérielle s'imposait alors ; celle-ci n'a jamais été confondue avec la propriété, etc. (2). » J'y consens ; la possession à l'origine

(1) Dufourmantelle, Thèse Paris, 1890, p. 10.

(2) Dufourmantelle, loc. cit., p. 10.

c'est purement et simplement la détention matérielle. Mais alors les enfants en puissance, les esclaves eux-mêmes (1) ne possèdent-ils pas les biens de famille comme le pater-familias ? Qu'ils soient copropriétaires du patrimoine, titulaires d'un droit, quand ils n'ont aucune capacité juridique, cela paraît étrange, sinon contradictoire (2). Mais possesseurs, détenteurs matériels ? Est-ce que cela dépend du droit ? N'est-ce pas simplement chose de fait ? Eh bien en fait, on ne saurait le nier, les membres de la famille ont cette détention matérielle ; ils possèdent avec le chef de famille cet *heredium* qui fut le noyau même de la fortune patrimoniale. La copossession des personnes groupées sous le même toit est un des premiers principes du régime patriarcal. Les héritiers siens sont « saisis » en fait au moment du décès ; de même les esclaves : l'intendant, qui a les clefs de la maison et de ses dépendances, a peu de chose à faire, s'il est institué par son maître, pour appréhender matériellement les biens héréditaires. Or pourquoi repousse-t-on l'acquisition légale de la possession par l'hé-

(1) La saisine des esclaves, dit-on, ne saurait être justifiée par l'idée de copossession. Dans cette hypothèse, en effet, on ne saurait faire intervenir l'idée de copropriété de famille pour de là aboutir à l'idée de copossession (Dufourm. p. 7). — Mais : 1° Je ne raisonne pas de la copropriété à la copossession ; 2° si les esclaves ne sont jamais copropriétaires, ils peuvent certainement avoir, comme je le dis au texte, la possession matérielle des biens héréditaires ; 3° j'ai dit que pour expliquer l'hérédité nécessaire des esclaves, il fallait partir de ce principe qu'on assimile les esclaves aux héritiers siens. Sinon, comment justifierait-on l'acquisition légale de l'hérédité et de la *propriété* des biens héréditaires par l'esclave, puisqu'il n'y a pas à parler pour lui de copropriété familiale ?

(2) Maynz, loc. cit.

ritier nécessaire ? Parce que, suivant la théorie matérialiste du droit Romain, il faut une *apprehensio naturalis* pour l'acquisition de la possession. Ainsi à l'origine on a dû admettre l'acquisition instantanée de la possession par les héritiers nécessaires comme une conséquence logique de leur copossession *vivo patre*. Plus exactement il n'y avait alors aucune acquisition, aucune transmission légale de la possession. Les héritiers nécessaires, après le décès du défunt, continuaient leur propre possession, c'est-à-dire qu'ils restaient nantis en fait des biens héréditaires. Quand, plus tard, l'idée de copropriété et de copossession familiale a été abandonnée, on a consacré en droit les traditions historiques, on a reconnu que l'héritier nécessaire succédait *ipso jure* à la propriété et à la possession du défunt : et c'est alors qu'il y a vraiment acquisition légale de la possession par les héritiers nécessaires. En fait d'abord les héritiers nécessaires ne détiennent plus toujours les biens héréditaires du vivant du défunt ; les familles se dispersent ; le fils va étudier en Grèce ; l'esclave qui jadis exploitait la ferme voisine est préposé au commerce lointain. En outre la notion du *jus possessionis* devient plus nette et si l'on ne reconnaît pas encore pleinement la transmissibilité de ce droit, on fait néanmoins dépendre la possession de la capacité juridique, on décide que l'esclave ou le fils de famille ne peuvent posséder : ils détiennent, ils ne possèdent pas. Si d'aucune façon l'héritier nécessaire ne possède avant l'ouverture de la succession, il peut vraiment acquérir la possession, et il l'acquiert en effet, non plus *ipso facto*, mais *ipso jure*, au décès du *de cujus*. Mais c'est parce qu'à l'époque classique il ne peut plus y avoir en droit ni copropriété, ni copossession de famille, c'est parce que faute d'une théorie scientifique

sur la transmission du *jus possessionis*, l'acquisition légale de la possession s'explique très bien historiquement, mais est difficile à justifier en droit, c'est pour ces motifs qu'il dut y avoir controverse. C'est à peu près ce que pensait Duaren qui n'accordait aux héritiers siens qu'une quasi-possession et expliquait ainsi le débat que révèle la loi 2 au Code. Nous ne dirons pas que l'héritier nécessaire n'acquiert *ipso jure* qu'une quasi-possession : mais nous croyons que l'acquisition légale de la possession par l'héritier nécessaire dut être contestée à l'époque classique, et par suite aussi l'impossibilité de l'usucapion. Et en effet les jurisconsultes qui persistaient à déclarer la possession *res facti* devaient nier énergiquement la transmissibilité du *jus possessionis* et signaler la faiblesse du motif invoqué à l'appui de l'acquisition légale de la possession ; sans doute, pouvaient-ils dire, l'héritier nécessaire n'avait pas à appréhender les biens héréditaires au temps de la copossession de famille : mais c'est parce qu'il n'avait même pas à acquérir la possession. Maintenant qu'il ne peut posséder avant le décès du défunt, il lui faut ensuite une appréhension matérielle. Si l'opinion adverse l'emporta, c'est vraisemblablement parce qu'elle satisfaisait à la fois le sens historique des vieux Romains, soucieux de maintenir les traditions, et l'esprit novateur et moderne des jurisconsultes qui, comme Papinien, donnaient une définition exacte du *jus possessionis* et sentaient que la solution inspirée par l'histoire se trouvait en même temps conforme aux principes du droit. La doctrine de l'appréhension matérielle n'avait pour elle que l'apparence de la logique. D'ailleurs si l'on avait maintenu fictivement l'idée de copropriété familiale, et si l'on justifiait ainsi l'acquisition de l'hérédité nécessaire, on pouvait aussi bien dans la même

hypothèse, admettre fictivement la copossession à l'appui de la « saisine » héréditaire ?

16. Ce n'est pas ainsi que M. Dubois explique la L. 2. D'après lui, l'acquisition légale de la possession par les héritiers siens et nécessaires aurait été admise sans controverse; c'est seulement à l'égard des héritiers nécessaires proprement dits qu'il y aurait eu des doutes ; on aurait hésité à les assimiler sur ce point aux héritiers siens. Je ne vois pas très bien le motif d'une controverse posée en ces termes : il me semble en effet que ce n'est pas au point de vue possessoire que l'assimilation des esclaves aux héritiers siens devait être le plus difficile, puisqu'on pouvait à la rigueur les considérer comme copossesseurs *vivo patre*, tandis qu'il était impossible de leur attribuer un droit de propriété (1). D'ailleurs, les textes n'autorisent pas la distinction proposée. M. Dubois en donne, il est vrai, une interprétation ingénieuse. Il compare les §§ 58 et 201 de Gaius qui, d'après lui, s'appliqueraient l'un aux héritiers siens et nécessaires, l'autre aux héritiers simplement nécessaires. Voici comment. Dans l'Apographon de Studemund, la fin du § 57 et le début du § 58 sont disposés ainsi :

usucaptaneet. et
Necessariotamenheredeextante.

Il y a ainsi un *point* entre le dernier mot du § 57 (*esset*) et le premier du § 58 ; or, dans les manuscrits, les phrases ne sont jamais ponctuées, si bien que le point noté par Studemund doit remplacer un mot qui commencerait le § 58. Et il semble bien qu'il y a une lacune dans le texte,

(1) Cf. ma note plus haut.

car, si on le reproduit tel quel, la rédaction en est défectueuse : ET *necessario* TAMEN... M. Dubois propose de lire *suo et necessario tamen...* on fait disparaître ainsi le *et tamen* et l'on explique en même temps le point du palimpseste. Si cette leçon est exacte, le § 58 ne concernerait que l'héritier sien et nécessaire, tandis que le § 201 viserait spécialement l'héritier nécessaire. Or, Gaius dans le § 58, mentionne purement et simplement l'impossibilité de l'usucapion *pro herede*, tandis que dans le § 201, il laisse entendre qu'il y eut controverse : ... PLACUIT *nihil pro herede*, etc. Mais la L. 2 au Code ne prouve-t-elle pas qu'il y eût aussi controverse dans l'hypothèse d'héritiers siens ? On l'inférait jusqu'ici des mots *magis obtinuit*. Mais d'abord, répond M. Dubois, à supposer que la L. 2 permît d'affirmer l'existence d'une controverse sous le règne de Dioclétien, cela ne prouverait pas qu'elle s'était déjà produite au temps de Gaius. « Si l'impossibilité d'usucaper se rattache à l'ancienne copropriété de famille, on conçoit qu'à l'époque de Dioclétien elle ait soulevé des doutes qui pouvaient très bien ne pas exister à des époques précédentes, alors que les anciennes traditions n'étaient plus aussi effacées (1) ». En outre, il n'y aurait même pas eu controverse au temps de Dioclétien. La leçon *magis obtinuit* est très douteuse : M. Krueger a effacé *magis* dans son édition du Code. Quant au mot *obtinuit*, on peut bien, il est vrai, en conclure que la solution du texte n'avait pas été admise sans discussion, mais on peut aussi ne voir dans ce terme qu'une manière de rappeler un principe qui « reçu de tout temps, s'impose comme une règle traditionnelle, dont, par suite, on ne

(1) DUBOIS, loc. cit., p. 442.

veut pas s'écarter, bien que peut-être on n'en aperçoive plus très nettement le motif (1) ». Tout cela est très ingénieux. Mais enfin, à interpréter naturellement la L. 2, elle révèle un débat désormais épuisé. Quant à la distinction qui résulterait du rapprochement des §§ 58 et 201, elle repose sur une pure conjecture, rien ne nous autorise à compléter le § 58 comme le fait M. Dubois, et je crois que dans les deux passages de Gaius, l'expression *herede necessario* est générale et désigne à la fois les esclaves institués et les enfants en puissance. L'affaiblissement des traditions, M. Dubois le dit lui-même, pouvait porter atteinte aux privilèges des héritiers siens en matière d'acquisition de l'hérédité, en permettant de contester leur droit antérieur à la propriété et à la possession du patrimoine paternel : j'ai essayé de montrer que ce droit dût être en effet révoqué en doute, et quelles conséquences on prétendait en tirer relativement à la possession héréditaire : là est la controverse qui s'agita non pas sous Dioclétien seulement, mais à l'époque classique, controverse que laissent supposer le § 201 de Gaius et la loi 2 au Code.

17. La plupart des interprètes vont plus loin : ils rejettent la proposition fondamentale de M. Dubois, l'acquisition légale de la possession par l'héritier nécessaire. Mais alors il faut expliquer cette impossibilité de *l'usucapio pro herede* en présence d'héritiers nécessaires, qui, dans notre système, se déduit logiquement de la possession reconnue *ipso jure* aux héritiers de cette classe. Aucune des explications proposées jusqu'à présent ne nous paraît tout à fait satisfaisante. Il ne suffit certainement pas de

(1) Dubois, loc. cit., p. 443.

dire que dans l'hypothèse d'hérédité nécessaire on déclara impossible *l'usucapio pro herede* en haine de cette institution que Gaius qualifiait *d'improba* (1). Si en effet, à l'époque classique, *l'usucapio pro herede* est « un pis aller auquel on répugne de recourir », une institution contraire à l'équité, il n'en est pas de même à l'origine, « alors que cette *usucapio* avait pour but d'assurer la perpétuité des *sacra privata* et le remboursement des dettes du défunt (2). » Il ne suffit pas non plus de développer cette idée (3) que suivant Gaius lui-même, l'admission de *l'usucapio pro herede* avait été ainsi motivée par des considérations religieuses et pratiques, qu'on voulait pousser l'héritier à faire promptement adition, à cause des intérêts qui restaient en souffrance tant que l'hérédité était jacente : et qu'il n'y avait pas dès lors à autoriser l'usucapion au cas d'hérédité nécessaire, puisqu'alors il y avait immédiatement et de plein droit un titulaire du patrimoine, un représentant du défunt. Pour que ce raisonnement fût exact, il faudrait qu'il n'y eût pas lieu à usucapion dès que l'héritier externe a fait adition : après l'adition, en effet, il y a un continuateur du défunt, et cependant *l'usucapio lucrativa* reste possible pour les choses héréditaires dont l'héritier n'a pas encore pris possession (4). En outre, cette explication part de la notion antique de l'usucapion *pro herede*, l'auteur lui-même en convient. Or, « plus tard la notion de *l'usucapio pro herede* se modifia : à partir du commencement de l'ère chrétienne

(1) Brissaud, *Revue générale du droit*, 1886, p. 253.

(2) Dufourmantelle, loc. cit. p. 28.

(3) Id., ibid., p. 24 sqq.

(4) Cf. Accarias, T. 1. § 243, p. 613. Note 3.

elle ne fait plus acquérir la qualité d'héritier, mais seulement la propriété des choses que *l'usucapiens* aura possédées : la corrélation qui existait à l'origine entre cette institution et le culte des *sacra* disparaît, car le lien qui rapprochait ces deux idées, le titre d'héritier, fait défaut (1). » Mais puisque *l'usucapio pro herede* s'était transformée, il fallait en modifier les conséquences : il fallait logiquement supprimer la prohibition d'usucaper en présence d'héritiers nécessaires, et s'en tenir à cette règle que l'usucapion est possible pour les choses héréditaires dont l'héritier *nondum est nactus possessionem*. Comment M. Dufourmantelle explique-t-il le maintien de l'ancienne règle? Il ne l'explique pas. Il fait remarquer très justement qu'en maintenant l'ancienne règle pour la nouvelle *usucapio*, « on arrivait à ce résultat bizarre qu'on pouvait usucaper les choses dépendant d'une succession dévolue à un héritier externe et non celle dépendant d'une succession dévolue à un héritier nécessaire (2). » Résultat bizarre en effet, à moins que l'on n'admette la possession légale de l'héritier nécessaire. M. Dufourmantelle, qui ne l'admet pas, invoque seulement la réaction qui se produisit à cette époque contre *l'usucapio pro herede*, et en somme il reconnaît comme M. Pernice (3) que le maintien de la prohibition ancienne n'est qu'une inconséquence.

18. Reste le système proposé par M. Accarias, dans une savante note de sa dernière édition (4). M. Accarias part encore de cette idée que l'usucapion *pro herede*, suivant

(1) Dufourmantelle., op. cit., p. 29.

(2) Dufourmantelle, op. cit., p. 33.

(3) Pernice, *Marcus Antistius Labeo*, t. II, p. 199-200.

(4) Accarias, t. I. § 243, note 3, p. 614.

les principes anciens, est impossible par cela seul qu'il y a un titulaire de l'hérédité : « Tant que l'usucapion *pro herede* porta sur l'hérédité elle-même, la règle générale dut être qu'elle ne pouvait pas commencer une fois l'hérédité acquise, de sorte qu'elle était absolument impossible par cela seul que la succession appartenait à un héritier nécessaire. Le droit classique ne fit donc dans cette hypothèse que maintenir le droit ancien et cela au grand profit de l'équité. » Quant à la succession dévolue à un héritier externe, à l'origine elle n'aurait pu être davantage usucapée à partir de l'adition : une réforme serait intervenue sur ce point à l'époque classique. Ce ne sont là que des conjectures, mais qui seraient encore séduisantes. Seulement il faudrait savoir pourquoi *l'usucapio lucrativa* ayant changé de nature, on continua d'appliquer la règle primitive en présence d'un héritier nécessaire, tandis qu'on l'abandonnait dans l'hypothèse d'un héritier externe. Pourquoi l'usucapion est-elle désormais possible après l'adition, tant qu'il n'y a pas eu appréhension des biens héréditaires, tandis qu'elle reste interdite s'il y a un héritier nécessaire ? Il parut sans doute choquant, dit M. Accarias, pour justifier la règle nouvelle au cas d'un héritier externe, qu'un tiers pût usucaper les choses héréditaires avant l'adition, tandis que celui qui n'aurait commencé à posséder qu'après l'adition se serait vu refuser le même bénéfice. Mais n'était-il pas tout aussi singulier d'autoriser ou de défendre l'usucapion, suivant que les biens appréhendés par l'usurpateur avaient été dévolus à un héritier de telle ou telle catégorie ? N'est-ce pas ce résultat bizarre qui surprenait tout à l'heure un autre interprète ? Aussi M. Accarias concède-t-il qu'on aurait dû modifier la règle ancienne non seulement au cas d'un héritier externe, mais

aussi au cas d'un héritier nécessaire ; « une logique rigoureuse eût admis l'usucapion des choses héréditaires non encore possédées par l'héritier. » N'est-ce pas avouer que c'est la question de possession qui est tout ici ? Et c'est en effet, pour ne pas oser battre en brèche la théorie classique de la possession qu'on avait peine jadis à expliquer la L. 2 au Code, et qu'on y voyait une décision exceptionnelle, inapplicable aux héritiers simplement nécessaires ; c'est pour cela qu'on supprimait l'N barrée du § 58 ; c'est pour cela que la nouvelle version des textes de Gaius a surpris les romanistes et que, s'il faut bien maintenant accepter une solution qui s'impose, on ne parvient pas à en rendre compte.

§ 3. — Par quels moyens l'héritier nécessaire, possesseur en droit, peut-il obtenir la *possessio facti* ?

19. L'héritier nécessaire est donc, dès l'instant de la délation, propriétaire de l'hérédité et des biens héréditaires, et il en est possesseur en droit. Mais il peut très bien n'être pas possesseur en fait, et c'est alors qu'il doit agir en justice pour appréhender les biens héréditaires dont un tiers s'est emparé avant lui. Cette situation dut se présenter fréquemment, comme je l'ai dit, lorsqu'avec l'extension de Rome et les mœurs nouvelles, l'habitude des lointains voyages se répandit chez les fils des Quirites sédentaires. L'héritier domestique, à son retour dans la maison de famille, trouvait parfois le patrimoine aux mains d'un tiers. Il pouvait incontestablement exercer contre l'usurpateur la *petitio hereditatis*, comme tout héritier civil. Il pouvait aussi réclamer les interdits possessoires qui auraient appartenu au défunt, puisqu'il avait, en sa qualité

de *juris possessor*, le droit d'invoquer la possession même du défunt. Il en était certainement ainsi lorsque l'usurpation était antérieure au décès, car, dans cette hypothèse, le défunt lui-même aurait pu agir, et l'héritier n'avait qu'à se substituer à lui. Si au contraire les biens héréditaires avaient été appréhendés après la mort du de cujus, ce qui était sans doute le cas le plus fréquent, en raison l'héritier avait encore droit aux interdits possessoires proprement dits (*retinendæ ou recuperandæ possessionis*), car le *jus possessionis* doit nous permettre de l'emporter au possessoire contre quiconque détient l'objet de notre droit : et cependant il est possible que l'on contesta dans ce cas à l'héritier domestique le droit aux interdits possessoires. Si en effet la notion du *jus possessionis* est romaine, la conception matérialiste domine encore en matière de possession, et spécialement pour les interdits possessoires. Le droit romain n'a pas dégagé nettement ce principe : quiconque a le *jus possessionis* peut réclamer en justice la possession de fait, quel que soit le moment de l'usurpation, que le demandeur ait eu déjà ou n'ait jamais eu la possession matérielle, parce que le *jus possessionis* nous donne le droit de détenir la chose, que nous l'ayons acquis par un mode originaire ou par transmission, tout se passant, dans ce dernier cas, comme si le sujet de droit était resté identique à lui-même (1). Faute de raisonner ainsi, on pouvait dire dans notre hypothèse : le défunt n'a jamais été dépouillé, l'héritier n'a jamais eu la *possessio facti*, donc il n'y a pas lieu aux interdits *retinendæ* ou *recuperandæ possessionis*, le *jus possessionis* de l'héritier ne lui confère que les interdits *adipiscendæ possessionis*,

(1) Cf. Ihering. *Du rôle de la volonté dans la possession*, p. 27.

puisque l'objet des interdits possessoires *lato sensu*, c'est la possession matérielle et non la *possessio juris*, comme Gaius le fait très justement remarquer au sujet de l'interdit *quorum bonorum* (IV. 144). L'héritier domestique devait ainsi obtenir l'interdit *quam hereditatem* comme héritier civil, l'interdit *quorum bonorum* s'il avait d'ailleurs sollicité du prêteur la *bonorum possessio*. Mais alors, dira-t-on, la situation de l'héritier domestique est la même, ou peut s'en faut, que celle de l'héritier externe qui n'acquiert pas le *jus possessionis* par l'adition. S'il veut jouir des avantages de la possession, il faut en somme qu'il recoure comme l'héritier externe, à la pétition d'hérédité ou à l'interdit *quorum bonorum*. Cela ne doit pas nous surprendre outre mesure. La situation de l'héritier externe, nous aurons en effet à le montrer, est sensiblement la même, après l'adition, que celle d'un successeur « saisi ». Ce qui restreint l'intérêt du débat que nous avons dû trancher relativement à l'héritier domestique. L'erreur traditionnelle dans notre matière, c'est précisément de croire que le droit commun des lois romaines est ici diamétralement opposé au nôtre, que toutes les règles de l'acquisition de l'hérédité sont en effet subordonnées chez nous à une institution spéciale, la saisine, et que l'on ne saurait accorder la saisine à certains héritiers romains sans les soumettre à un régime tout exceptionnel. C'est ainsi que M. Dufourmantelle oppose comme un argument péremptoire à la thèse de M. Dubois (1) que si l'héritier nécessaire avait la « Saisine héréditaire », il faudrait lui refuser l'interdit *quorum bonorum*, puisque c'est là un interdit *adipiscendæ possessionis*. Or, l'héri-

(1) Dufourmantelle, op. cit., p. 35.

tier nécessaire peut user de cet interdit (G. III. 34) ; puisqu'on lui donne un moyen de se mettre en possession, c'est qu'il n'est pas possesseur de plein droit. M. Dufourmantelle voudrait-il donc refuser les actions possessoires à notre héritier saisi ? Non sans doute. C'est précisément au *juris possessor* qu'il faut donner un moyen légal d'entrer en possession, s'il n'y est pas déjà. L'interdit *quorum bonorum* est ainsi offert à celui qui a obtenu, d'après l'Édit, le titre de *bonorum possessor* ; nous ne voyons pas pourquoi l'héritier nécessaire se verrait refuser l'interdit *quorum bonorum* parce qu'indépendamment de la *bonorum possessio* prétorienne, il a en droit civil le *jus possessionis*. Mais l'interdit *quorum bonorum* est un interdit *adipiscendæ possessionis* ? Sans doute, puisqu'en fait et personnellement, l'héritier n'a jamais possédé, puisqu'il n'est qu'un *juris possessor* en droit prétorien comme en droit civil. En proposant l'interdit *quorum bonorum* à ceux qu'il reconnaissait comme héritiers, le préteur leur concédait un des avantages du *jus possessionis* : la possibilité d'agir au nom d'un *droit* de possession pour obtenir la possession *de fait*. L'interdit *quorum bonorum* est un moyen d'appréhender les biens héréditaires, moyen commode puisqu'il s'applique à l'ensemble des *corpora hereditaria* (1). L'héritier nécessaire lui-même, déjà titu-

(1) On a prétendu que l'interdit *quorum bonorum* n'était pas un véritable interdit possessoire, parce que celui qui l'invoquait n'avait jamais eu la possession. Il semble au contraire que de tous les interdits possessoires, l'interdit *quorum bonorum*, interdit *adipiscendæ possessionis*, est celui qui se rapproche le plus de nos actions possessoires. Le fondement des autres interdits n'est pas en effet la possession de celui qui agit par la voie interdictale, mais plutôt le dommage qu'il a subi : ces interdits sont possessoires quant à leur objet, mais

laire du *jus possessionis*, devait ainsi y recourir, puisqu'il réalisait plus facilement son droit suivant les formes prétoriennes. Peut-être même est-ce à l'occasion de l'héritier domestique que le préteur, comme le conjecture M. Cuq (1), imagina l'interdit *quorum bonorum*. De même en effet qu'il avait protégé la possession des choses particulières en créant les divers interdits, il dut se préoccuper de la situation de l'héritier domestique qui, lorsqu'il rentrait à Rome, trouvait son patrimoine aux mains d'un usurpateur. Il fallait à l'héritier ainsi dépouillé une arme énergique : elle était tout indiquée. Puisqu'en effet l'héritier avait en droit la possession de l'hérédité, il suffisait de sanctionner cette possession par un interdit général : ce fut l'interdit *quorum bonorum*, que le préteur accorda plus tard aux autres héritiers (2). Si telle était l'origine de la succession prétorienne, cela n'expliquerait-il pas le terme de *bonorum possessio*, qui servait à la désigner ? L'héritier nécessaire n'a-t-il pas, en effet, dans notre sys-

non quant à leur cause (Bourbeau, Procédure, t. VII, § 273, in fine). L'interdit *quorum bonorum* au contraire, comme nos actions possessoires, a pour objet la possession matérielle, et pour fondement la *juris possessio* du *bonorum possessor*.

(1) Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*. T. I, p. 532.

(2) Il n'est d'ailleurs pas contradictoire que l'héritier domestique, ayant la *juris possessio* de l'hérédité, ait été néanmoins astreint à solliciter du préteur la *bonorum possessio* pour avoir à sa disposition l'interdit *quorum bonorum*. Puisqu'en effet l'interdit *quorum bonorum* est un moyen de protection créé par le préteur, il est naturel que quiconque veut en invoquer le bénéfice doive s'adresser au préteur. Si la *bonorum possessio* est réclamée par un héritier domestique, le préteur confirme sa *possessio* au lieu de la faire naître, de même qu'il confirme le titre de tout héritier civil qui, suivant la coutume du Bas-Empire, sollicite la *bonorum possessio*.

tème la *possessio bonorum*, et cette possession n'est-elle pas une *juris possessio*, comme disent les jurisconsultes romains quand ils définissent l'institution prétorienne ? (Ulp. L. 3 § 1. D. 37, 1).

Section III. — situation juridique de l'héritier nécessaire. résumé

§ 1er. — Notre formule pour définir cette situation.

20. Nous avons ainsi adhéré au principe de M. Dubois : l'héritier nécessaire acquiert *ipso jure* la possession de l'hérédité et des biens héréditaires, comme il en acquiert la propriété. Mais nous avons évité d'employer la formule suivant laquelle l'héritier nécessaire aurait à Rome la « saisine héréditaire ». Si en effet l'expression est commode, elle est compromettante. Celui qui vient à parler de saisine héréditaire en droit romain est vite accusé de chercher à notre institution coutumière une origine romaine, même quand il a pris soin, comme M. Dubois, de prévenir cette interprétation. D'ailleurs le terme de saisine, il faut le reconnaître, n'est pas romain, il n'a pas son équivalent dans les textes. Le seul emploi de ce terme fournit ainsi un premier argument aux adversaires de notre système qui lui reprochent de n'être pas conforme au droit positif de Rome. Ce terme, je l'écarte encore, parcequ'il n'a qu'une précision apparente. Que de controverses en effet, non seulement sur les effets de la saisine coutumière, mais sur le sens même de ce mot, qui revêt successivement les acceptions les plus diverses, suivant le caprice et les tendances personnelles des commenta-

teurs. La saisine en droit romain ! Quelle saisine ? répondra-t-on. Enfin, à supposer même que l'on fût d'accord sur ce point, et que l'on regardât comme synonymes, à l'exemple de M. Dubois, les expressions de « saisine héréditaire » et « d'acquisition légale de la possession héréditaire », c'est encore à la périphrase que je donnerais la préférence. L'expression de saisine éveille l'idée d'un droit exceptionnel, d'une fiction juridique admise au profit de successeurs privilégiés, et d'une fiction contraire aux principes rationnels (1). Ainsi aujourd'hui encore, dans notre droit, on fait intervenir à tort l'idée de saisine pour justifier des règles qui se déduisent simplement des principes généraux. Cette conception fausse de la saisine repose sur la théorie classique de la possession. Elle implique une séparation absolue et artificielle entre la propriété et la possession, que l'on se refuse à traiter comme un droit, même dans ses conséquences juridiques. Dans l'hypothèse spéciale d'hérédité nécessaire, l'acquisition légale de la possession n'est pas la seule dérogation au droit commun : elle ne doit pas nous faire oublier l'acquisition légale de la propriété, cette grave exception au principe antique qu'il faut un mode extérieur pour la transmission des droits réels. Notre formule sera donc la suivante : l'héritier domestique acquiert de plein droit et simultanément la propriété et la possession de l'hérédité et des biens héréditaires ; ce qui revient à dire que lorsqu'à Rome la succession est dévolue à un héritier nécessaire, elle est, comme dans notre droit, un *mode d'acquérir*. (Art. 711 C. C.).

(1) Savigny, *Traité de la possession* § 28.

§ 2. — Comment l'exercice du *jus abstinendi* peut modifier la situation de l'héritier nécessaire et équivaut pour lui à un droit d'option.

21. L'héritier domestique du droit romain, comme tout héritier dans notre droit, a ainsi un droit acquis et transmissible, indépendamment de toute manifestation de volonté de sa part. Mais entre l'héritier romain et l'héritier actuel, il y a cette différence que l'un acquiert forcément la succession, *sive velit, sive nolit*, tandis que notre héritier a un droit d'option. Cette différence même n'est pas aussi tranchée qu'on serait tenté de le croire au premier abord. On sait en effet que le préteur vint atténuer les conséquences fâcheuses qu'entraînait l'hérédité nécessaire pour ceux qui en étaient investis. Je n'ai pas à étudier ces bénéfices prétoriens quant aux modifications qu'ils apportaient dans les rapports de l'héritier avec les créanciers héréditaires : ce serait sortir du cadre de mon travail. Aussi me contenterai-je de nommer la *separatio bonorum* par laquelle l'héritier simplement nécessaire pouvait écarter la ruine dont il était personnellement menacé sans abdiquer la qualité d'héritier. Je dirai seulement quelques mots du *jus abstinendi*, qui affecte davantage le titre même de l'héritier. Grâce au *jus abstinendi*, en effet, l'héritier sien se trouve dans une situation assez analogue à celle de notre héritier : il a un droit acquis, mais un droit qu'il peut répudier, dans une certaine mesure tout au moins, s'il est onéreux pour lui. Pour jouir du *jus abstinendi* l'héritier sien n'a aucune formalité à remplir, aucune demande à adresser au magistrat (Ulp. L. 2. D. 29, 2) : il suffit qu'il évite de s'immiscer dans les affaires de la succession, c'est-à-dire de faire aucun de ces

actes qui de la part d'un héritier externe vaudraient *pro herede gestio* (Pap. L. 87 pr. D. 29, 2). L'héritier sien manifeste ainsi son intention de rester étranger aux suites de l'hérédité : et son abstention a presque les effets d'une répudiation : elle donne ouverture, s'il y a lieu, à la substitution vulgaire ou au droit d'accroissement ; à défaut d'autres institués, elle entraîne délation de la succession ab intestat, et si, en définitive, l'hérédité reste jacente, elle laisse place à une *missio in possessionem* au profit des créanciers. L'héritier sien échappe ainsi à l'obligation d'acquitter les dettes héréditaires *ultra vires* ; c'est même au nom du défunt que se fait la *bonorum venditio*. Et cependant l'héritier sien reste héritier en droit civil (Ulp. L. 30 § 10, D. 40, 5). Et tant que les biens n'ont pas été vendus, si nul d'ailleurs n'a fait adition, il peut revenir sur son abstention et, comme un héritier externe, demander au préteur un délai pour délibérer (L. 8, D. 28, 8). Si en droit la situation de l'héritier sien qui s'est abstenu n'est pas la même que celle de notre héritier actuel après répudiation, le *jus abstinendi* n'a-t-il pas pour lui la même utilité pratique que notre droit d'option, et la faculté qui lui est donnée de revenir sur sa détermination première n'est-elle pas la même que celle de l'article 790 ?

Ainsi, pour les héritiers nécessaires, le droit romain déjà tendait à dégager le principe général de notre loi : acquisition légale de l'hérédité, sauf faculté de répudiation pour l'héritier investi.

Nous allons discerner cette même tendance au cas d'héritiers externes : seulement, dans cette hypothèse, il a fallu, suivant une marche inverse, renforcer les effets immédiats de la délation au lieu de les affaiblir.

CHAPITRE II

DE L'ACQUISITION DE L'HÉRÉDITÉ PAR LES HÉRITIERS EXTERNES

22. Tous ceux qui n'appartiennent pas à la catégorie des héritiers nécessaires sont héritiers volontaires, y compris les fils de famille institués sur la condition *si voluissent*.

Non seulement les héritiers volontaires peuvent librement répudier l'hérédité, mais ils ne l'acquièrent que par une manifestation, par un acte extérieur de volonté : l'adition. Tandis que l'héritier domestique est investi de plein droit à la mort du *de cujus*, l'hérédité est seulement déférée à l'héritier externe, qui, pour l'acquérir, doit *adire hereditatem*.

Il faut ainsi rechercher successivement :

1° Quelle est la situation de l'héritier externe avant l'adition ;

2° Comment se réalise l'adition ;

3° (Et c'est surtout ce qui nous intéresse), quels sont les effets de l'adition relativement à l'acquisition de l'hérédité et de la possession héréditaire.

§ 1er. — Situation de l'héritier externe avant l'adition Hérédité jacente.

23. Avant l'adition, l'héritier n'a aucun droit acquis à l'hérédité.

Sans doute, le titre de l'héritier, c'est la loi ou le testament : et la loi ou le testament opèrent dès l'instant de la délation, mais ce titre ne suffit pas pour consommer la transmission universelle au profit de l'héritier ; suivant la règle admise à Rome pour l'acquisition de la propriété, il faut en outre un acte extérieur, qui manifeste matériellement la substitution juridique de l'héritier au défunt, et en même temps la volonté de l'héritier d'être désormais le titulaire du patrimoine vacant : la succession n'est donc pas ici un mode d'acquérir.

Le simple fait de la délation conserve encore de l'importance, il permet à l'héritier désigné de faire valablement adition, il l'appelle à l'hérédité ; mais il ne suffit pas à la lui faire acquérir, même sous la condition suspensive de son acceptation, et à plus forte raison sous la condition résolutoire de sa renonciation. L'héritier externe, tant qu'il n'a pas fait adition, demeure complètement étranger à l'hérédité. Conséquences :

1° La vocation héréditaire est intransmissible. Si l'héritier *primo gradu* meurt sans avoir pris parti, il ne transmet pas son droit d'option à ses propres héritiers : c'est le principe : *hereditas non adita non transmittitur*, qui fut abrogé sous Justinien.

2° Entre la délation et l'adition, l'hérédité n'appartient à personne ; suivant l'expression des textes, elle est jacente : *Hereditas jacet.*

24. On sait quels inconvénients présentait la jacence de l'hérédité : inconvénients pour les tiers, inconvénients pour l'héritier. Et en effet, tant que l'hérédité restait jacente, il n'y avait aucun titulaire du patrimoine. Les créanciers héréditaires ne pouvaient réclamer leur paiement à personne ; en outre, les héritiers qui ne venaient pas en rang utile, avaient intérêt à connaître le plus tôt possible la décision de l'héritier *primo gradu*, puisque leur propre droit dépendait du parti qu'il prendrait. Pour l'héritier lui-même la jacence prolongée de l'hérédité était fâcheuse ; car, durant cet intervalle, les esclaves héréditaires n'avaient pas de maître, et ne pouvaient dès lors, faute d'une capacité d'emprunt, réaliser aucune acquisition au profit de la succession. Cet intérêt semblait secondaire auprès de celui des tiers, puisque le plus souvent il ne dépendait que de l'héritier de hâter le moment de l'adition. Ce qu'il fallait surtout, c'était obliger l'héritier à prendre parti rapidement, lorsqu'il prolongeait, soit à dessein, soit par négligence, le temps de la délibération. Et cependant, le droit civil n'imposa à l'héritier aucun délai, il ne réglementa en rien son droit d'option. La menace de l'usucapion *pro herede* devait cependant presser l'héritier. En outre le testateur pouvait instituer l'héritier *cum cretione*, ce qui l'obligeait à faire adition en termes solennels et dans un délai de cent jours. L'institution *cum cretione*, avec la sanction de l'exhérédation, semble avoir été très pratiquée, et le préteur s'inspira des usages de la crétion, en fixant à cent jours la durée minima du *tempus deliberandi*. Le préteur se préoccupa en effet de l'intérêt des tiers, presque toujours sacrifié dans le droit des Quirites. A la demande des personnes intéressées, créanciers, légataires, héritiers substitués ou appelés par la loi à dé-

faut de l'héritier *primo gradu*, il imposait à celui-ci un délai pour délibérer. L'héritier lui-même pouvait d'ailleurs solliciter ce délai. S'il laissait écouler le *spatium deliberandi* sans prendre parti, le magistrat, sans révoquer son titre civil, appelait en fait à l'hérédité ceux qui venaient après lui dans l'ordre successif et leur concédait tous les avantages de la succession. (Ulp. L. 69. D. 29, 2.)

25. Si la jurisprudence avait laissé au préteur le soin d'atténuer les inconvénients que la jacence de l'hérédité entraînait pour les tiers, elle vint, au contraire, au secours de l'héritier, en prêtant à l'hérédité jacente une personnalité fictive, grâce à laquelle les esclaves pourraient acquérir comme s'il y avait en fait un titulaire du patrimoine. C'est l'hérédité elle-même qui d'après les jurisconsultes est déclarée propriétaire : *hereditas pro domino habetur* (L. 61. D. de acq. rer. dom.). Cette idée est fréquemment exprimée dans les textes : Ulp. L. 13. § 2. D. 9, 2. — Pompon., L. 15. pr. D. 11, 2. — L. 9, Code, 4. 34, etc... Sous une forme plus claire, les jurisconsultes disent encore que l'hérédité prolonge la personnalité du défunt : *Hereditas sustinet personam defuncti.* (pr. Instit. de stip. serv. III. 17. — Ulp. L. 33 § 2. D. de acq. rer. dom. etc.) et Gaius donne cette formule comme synonyme de la précédente (L. 31 § 1. D. de hered. instit.). Elle n'avait cependant pas été admise sans controverse. Les prudents, ayant jugé opportun de personnifier l'hérédité jacente, se demandèrent s'il fallait lui attribuer la personnalité du défunt ou celle de l'héritier futur. Cette dernière solution semblait plus logique : c'est dans l'intérêt de l'héritier que l'on admettait la personnalité de l'hérédité, à tel point que les effets de cette fiction étaient subordonnés à l'adition attendue ; en outre, si le droit romain n'admettait pas la

propriété conditionnelle de l'héritier avant l'adition, il donnait cependant à l'adition un effet rétroactif : l'héritier, s'il fait adition, sera censé avoir été propriétaire des biens héréditaires dès l'ouverture de la succession. N'était-il pas contradictoire d'admettre, dans la même hypothèse, que le défunt aurait été fictivement titulaire du patrimoine entre la délation et l'adition ? C'était sans doute l'opinion de Pomponius et de Javolenus; d'après eux, l'hérédité jacente représente la personne de l'héritier (L. 24 in fine, D. de novationibus, 46, 2. — L. 22. D. 41, 3). L'opinion contraire semble bien l'avoir emporté. Un grand nombre de textes la consacrent et quelques-uns présentent cette solution comme ayant tranché définitivement la controverse. Citons notamment le § 2. Inst., de hered. inst. II. 14. et la L. 34 d'Ulpien, D. de acq. rer. dom. *Hereditas enim non heredis personam sed defuncti sustinet, ut multis argumentis juris civilis comprobatum est.*

26. La conciliation de cette doctrine avec la rétroactivité de l'adition est, je l'avoue, une des difficultés les plus sérieuses de notre matière. Il est impossible, en effet, d'admettre avec M. Accarias (1), que l'insertion au Digeste des fragments qui attestent l'effet rétroactif de l'adition ne peut être que le résultat d'une distraction. M. Accarias hasarde cette conjecture parce que d'après lui, ceux qui avaient défendu et fait triompher la formule : *Hereditas sustinet personam defuncti* avaient dû logiquement rejeter la rétroactivité de l'adition. Si donc la représentation du défunt par l'hérédité l'a emporté à l'époque classique, on a dû en même temps abandonner l'idée de la rétroactivité de l'adition : et si Gaius semble à la fois soutenir les

(1) Accarias, op. cit. t. I, § 347, in fine.

deux doctrines inconciliables (L. 28.4 de stip. serv. et L. 31.1. de hered. ins.), c'est que ce dernier texte aurait été retouché par Justinien. Dans ce système, c'est la rétroactivité de l'adition qui appartiendrait au droit ancien, peut-être même au droit religieux, tandis que la personnalité de l'hérédité serait une conquête du droit scientifique. J'inclinerais bien plus volontiers vers l'hypothèse inverse : je ne veux pas dire cependant que la fiction *hereditas sustinet* ait été abandonnée le jour où fut admis l'effet rétroactif de l'adition ; plusieurs textes des Institutes prouvent en effet qu'elle subsistait encore dans le droit de Justinien. Mais la rétroactivité de l'adition me semble une idée moderne, qui a dû apparaître à Rome avec la tendance à reconnaître un droit actuel à l'héritier dès l'ouverture de la succession, à supprimer la nécessité de l'adition pour l'acquisition de l'hérédité : tandis que l'attribution à l'hérédité jacente de la personnalité du défunt me paraît avoir été inspirée par les idées anciennes sur la transmission universelle. C'est ce que j'ai indiqué plus haut (1). La formule : *Hereditas sustinet personam defuncti* dut être facilement accueillie parce qu'elle était conforme aux traditions, elle était comme une conséquence de la confusion primitive entre la famille et le patrimoine, qui, même après le décès du titulaire, semble prolonger encore la famille et la personnalité même de son chef. Le patrimoine s'est en quelque sorte identifié avec le paterfamilias durant la vie de celui-ci, et après lui, il reste à sa place propriétaire des biens héréditaires, *dominus habetur*, tant que l'héritier n'est pas investi de cette propriété vacante. Comment ces idées purent-elles se mainte-

(1) Introduction, page VII.

nir jusqu'au droit de Justinien ? Est-ce pour des raisons d'utilité pratique comme le suppose M. Accarias ? Peut-être bien : il est difficile de rien affirmer à cet égard. Probablement on conserva la règle : *hereditas sustinet personam defuncti* sans en chercher la cause ; (cette règle, il ne faut pas l'oublier, n'était invoquée elle-même que pour motiver d'autres solutions juridiques). Quant à l'antinomie dénoncée entre la formule qu'elle avait revêtue et la rétroactivité de l'adition, peut-être ne choquait-elle guère les jurisconsultes romains : car si, en apparence, les biens héréditaires, pendant la jacence de l'hérédité, appartenaient à la fois au défunt et à l'héritier, y avait-il au fond des choses deux sujets de droits bien distincts ? L'héritier n'est-il pas en effet le continuateur du défunt ?

A supposer même qu'il fût impossible de concilier les deux solutions que l'on oppose l'une à l'autre, il faudrait se borner à les déclarer inconciliables, et non pas contester l'une ou l'autre. Aussi bien n'est-ce pas la seule contradiction de détail que l'on pourrait relever dans les textes du Corpus.

§ 2. — De l'adition et de ses formes.

27. L'héritier externe, connaissant d'ailleurs sa vocation héréditaire, et capable, en fait et en droit, d'exercer valablement son droit d'option, veut acquérir l'hérédité et pour cela faire adition. Suivant quelles formes interviendra cette adition ?

Il est probable que le droit ancien n'admettait qu'un seul mode d'acquisition de l'hérédité : la *cretio*. On entendait par là une déclaration solennelle faite au domicile du défunt et en présence de témoins, par l'héritier en per-

sonne. Telle est l'opinion de M. Cuq (1) qui argumente en ce sens de deux passages de Varron (De Ling. Lat. VII, 5, 98 et VI, 8, 81). Ces passages ne sont pas catégoriques ; il en résulte bien que *cernere*, c'est manifester la volonté d'être héritier, mais cela ne condamne pas toute manifestation en d'autres formes. Cependant, s'il n'est permis de rien affirmer sur ce point, il est très vraisemblable que, suivant les institutions primitives, il fallait, pour acquérir l'hérédité, recourir aux formalités de la *cretio* : l'acquisition de l'hérédité devait être en effet, dans la cité romaine, un de ces actes particulièrement graves, dont l'efficacité restait subordonnée à la prononciation de formules précises, à l'accomplissement de rites consacrés. A cette époque, le droit ne reconnaît aucune force à la déclaration pure et simple : la volonté de l'homme doit se traduire aux yeux de tous par des cérémonies tangibles et symboliques ; dès lors il est difficile de croire que, dès le temps le plus reculé, le droit des Quirites ait pu déroger à son principe essentiel dans la transmission héréditaire.

28. Mais si, dans l'ancien droit, *cretio* et *aditio* sont termes synonymes, il n'en est certainement plus de même à l'époque classique. C'est une erreur singulière de Cujas, d'avoir affirmé que jusqu'aux réformes des derniers empereurs, la crétion resta en somme le seul mode d'acquisition de l'hérédité. Ce système, d'après lequel la *pro herede gestio* n'aurait fait acquérir l'hérédité qu'à partir de Justinien (2), d'après lequel l'héritier, institué ou non *cum cretione*, n'aurait pu faire adition, même au temps de Gaius et d'Ulpien, sans se plier aux exigences du for-

(1) Cuq, op. cit., p. 536.

(2) Cujas, op., t. IV. c. 336.

malisme antique (1), reposait cependant sur un certain nombre de textes dont Cujas avait exagéré la portée ou dénaturé le sens. Une lettre de Cicéron à Atticus mentionne la présence des témoins dans la *cretio* : cela n'a rien à voir ici, puisqu'il ne s'agit pas de déterminer les formalités de la *cretio*, mais bien de savoir si l'héritier ne pouvait faire adition autrement. La même remarque s'appliquerait au fragment où saint Ambroise fait allusion à cette *percussio* ou *concrepatio digitorum*, qui était, d'après Cujas, une des solennités essentielles de l'adition. Tout au plus devrait-on y voir une des particularités de la *cretio*, comme dans toutes les pratiques bizarres que Cujas se plaît à décrire. Et cette interprétation même serait excessive, car il ne faut pas prendre au pied de la lettre, à l'exemple de saint Ambroise, le chapitre de Cicéron qui semble l'avoir inspiré. Cette page (2), où Cicéron tourne en ridicule les captateurs de testaments qui savent « attirer à eux » les héritages par le mouvement des doigts, serait tout au plus précieuse pour celui qui entreprendrait de démonter l'origine romaine des sciences occultes. Si l'on écarte ainsi des textes littéraires que ne fournissent aucun appui à la thèse de Cujas, il reste plusieurs constitutions impériales et la L. 77 D. de R. J. Constantin avait supprimé les formalités de la *cretio*, au profit de certains successeurs ; Honorius et Théodose étendirent cette faveur à d'autres catégories d'héritiers, et Justinien généralisa la réforme de ses prédécesseurs. Mais ce qu'il faut ajouter, c'est que ces décisions concernent seulement ceux qui, institués *cum cretione*, devaient dès lors faire adition en termes solennels ; c'est seulement en ce sens que les

(1) Cujas, op., t. III. c. 164, t. IX. c. 718.
(2) *De officiis*. L. III, c. 19.

empereurs ont abrogé les *solemnia cretionum*, et il n'y a pas à s'arrêter à l'apparente généralité des termes de la L. 17. C. VI, 30. Dans ce style emphatique qui, pour les Triboniens du Bas-Empire, exprimait mieux que tout autre la majesté du prince et la grandeur de son œuvre législative, les rédacteurs du Code ont bien pu reproduire en la tronquant, la constitution d'Honorius : *Cretionum scrupulosam solemnitatem hac lege penitus amputari decernimus*, mais comment en conclure qu'avant Justinien aucun héritier ne pouvait faire adition sans accomplir les *solemnia cretionum*, si bien que le terme d'*aditio* ou d'*agnitio* qui se rencontre à chaque page dans le Digeste aurait été partout substitué au mot *cretio* du texte original ? C'est la conjecture que Cujas risque hardiment pour compléter son système !

29. A vrai dire, l'erreur fondamentale de Cujas était dans l'interprétation de la L. 77, D. de R. J. *Actus legitimi, qui recipiunt diem vel conditionem, veluti mancipatio... aditio hereditatis, ...in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem.*

L'adition d'hérédité, disait Cujas, et bien des commentateurs l'ont répété après lui, est un *actus legitimus*, c'est-à-dire un de ces actes qui n'admettent ni terme ni condition d'après la L. 77, et qu'un grand nombre de particularités distinguent encore des actes ordinaires. Les *actus legitimi*, ce sont les actes solennels, et l'*aditio hereditatis* est au nombre de ces actes. C'est Papinien qui l'atteste. Il y aurait beaucoup à dire contre cette théorie des actes légitimes, que la plupart des romanistes combattent aujourd'hui. Comme M. Maynz le fait remarquer (1) avec

(1) Maynz, op. cit., t. I, § 32. in fine

raison, on donne de la L. 77 une traduction inexacte ; il faut traduire naturellement : « Les actes légitimes qui n'admettent ni terme ni condition, par exemple... etc. », et non pas : « Les actes légitimes, *c'est-à-dire* ceux qui n'admettent... etc. ». En réalité, il est peu probable que le droit romain ait connu une catégorie spéciale d'actes, décorés de l'épithète de *legitimi*. Cette expression ne se rencontre au Digeste que dans la L. 77, et Papinien a voulu désigner ainsi tous actes ayant des effets légaux, tous actes reconnus par le droit (1). Ce qui résulte seulement de la loi 77, et cela ressort d'ailleurs de bien d'autres textes, c'est que certains actes n'admettent par nature ni terme ni condition, ne peuvent être faits par mandataire, etc. : et l'adition d'hérédité est un de ces actes. L'adition doit être faite purement et simplement et on ne conçoit pas, en effet, que la personnalité du défunt soit continuée à terme ou sans condition. L'adition ne peut intervenir qu'une fois : c'est le principe célèbre : *semel heres, semper heres* qui domine tout le droit successoral des Romains et s'harmonise admirablement avec l'antique nullité des acquisitions *ad tempus*. Enfin, l'héritier doit faire adition lui-même et non par mandataire : c'est une application très simple de la règle : *nil per extraneam personam adquiri posse*. Il n'est donc pas nécessaire de classer l'adition parmi les actes solennels pour justifier les principes juridiques qui la gouvernent.

30. Aux nombreux monuments qui jadis rendaient à peine soutenable le système de Cujas, il faut joindre maintenant les Institutes de Gaius qui résument nettement le droit classique. A l'époque de Gaius, l'héritier

(1) Accarias, t. II, page 104, note 1.

institué *cum cretione* est seul obligé de faire adition suivant des formes solennelles : *at is qui sine cretione heres institutus sit, aut qui ab intestato legitimo jure ad hereditatem vocatur, potest aut cernendo, aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate suscipiendæ hereditatis heres fieri* (G. II. 167.)

Voici probablement l'évolution qui se produisit. L'usage s'était introduit de bonne heure d'imposer à l'héritier un délai certain pour l'exercice de son droit d'option (§ 164). Il suffisait au testateur d'insérer immédiatement après l'institution d'héritier la formule suivante : *Cernitoque in centum diebus proximis quibus scies poterisque. Quod ni ita creveris, exheres esto.* La conséquence immédiate de cette clause, c'est que l'héritier devait *adire hereditatem* dans le délai fixé : sinon il était exclu de plein droit : *finito tempore cretionis excluditur.* On évitait ainsi très facilement la jacence prolongée de l'hérédité. Mais si le testateur avait négligé d'ajouter à l'institution la formule de la *cretio*, ou encore s'il s'agissait d'un héritier ab intestat, le droit civil, nous l'avons vu, ne fournissait aucune arme contre l'héritier qui temporisait avant de faire adition, au détriment des intéressés. Aussi est-ce dans cette hypothèse que les prudents firent fléchir la rigueur du droit primitif, en déclarant héritier tel successible qui ne s'était cependant pas conformé aux formes de l'acceptation solennelle. D'abord, on décida que la *pro herede gestio* vaudrait adition : car il était particulièrement inique de laisser l'héritier *primo gradu* jouir en fait des biens héréditaires, et opposer à l'action des créanciers ou des légataires cette fin de non recevoir qu'il n'avait pas acquis l'hérédité suivant le droit civil ; l'héritier pouvait ainsi retarder la liquidation au

seul détriment de ses adversaires, au moins pendant le délai de l'*usucapio pro herede*. C'est seulement plus tard, comme on peut l'argumenter du mot *etiam*, dans le texte de Gaius cité plus haut (§ 167), et aussi du § 25 Tit. XXII Reg. Ulp., que l'on admit un troisième mode d'acquisition de l'hérédité : la déclaration pure et simple faite par l'héritier, *nuda voluntas*, et c'est ce mode que désignent plus spécialement les textes lorsqu'ils opposent l'*aditio* à la *cretio*.

La distinction faite à l'époque classique entre l'héritier institué *cum cretione* ou *sine cretione* s'explique ainsi très bien. Il est très naturel que l'héritier demeure astreint à faire adition solennelle lorsqu'il a été institué *cum cretione* puisqu'en pareil cas le sort de l'hérédité sera nécessairement fixé après un temps donné. Quand, au contraire, aucune menace d'exclusion ne presse l'héritier qui délibère, il faut en quelque sorte surprendre son intention secrète, il faut déclarer acte d'héritier tout acte qui trahit chez lui la volonté de faire adition (1).

31. Des considérations pratiques déterminèrent certainement les progrès rapides du droit en cette matière ; d'autre part, au point de vue rationnel, on dut admettre assez facilement cette acquisition de l'hérédité indépendamment de toute forme solennelle, qui était cependant une grave innovation dans le système juridique de l'époque. Si en effet l'héritier acquérait la propriété des *corpora hereditaria* et devenait titulaire de tous les droits du patrimoine, c'étaient là autant de conséquences de la représentation du défunt par l'héritier. C'est avant tout le titre d'héritier que le successible acquiert en faisant adi-

(1) Cf. Ulp. L. 20, D. 29, 2.

tion. Il y a ainsi dans la transmission universelle, un phénomène juridique qui ne se rencontre pas au cas d'acquisition particulière : il y a substitution d'un sujet de de droits à un autre, et non pas transmission d'un objet de droit, et par là même il n'y a plus à parler de remise de la chose. L'héritier n'acquiert pas la collection des biens héréditaires, il continue la personne du défunt : pourquoi dès lors subordonner la transmission universelle à l'accomplissement de cérémonies extérieures impuissantes à traduire matériellement le principe de la transmission héréditaire ? C'est la loi qui, directement ou indirectement, doit substituer l'héritier au de cujus. Et c'est en effet la loi, qui à Rome, donnait une force exceptionnelle au titre de l'héritier ; celui qui revendique une hérédité ne se prévaut pas seulement d'une convention privée, il invoque la loi des XII Tables, la *Lex* par excellence, qui a consacré son droit ab intestat, ou donné force obligatoire au testament qui l'institue. Devant la valeur du titre, l'importance du mode d'acquisition devait s'atténuer ; le droit romain était conduit logiquement à restreindre le rôle de l'adition et à en simplifier les formes. C'est pour cela que la *cretio* est lentement tombée en désuétude. Si même elle se maintint jusqu'au Bas-Empire, c'est qu'elle restait le corollaire du délai imparti à l'héritier, peut-être par cette circonstance fortuite que le mot *cernere* figurait dans la formule en usage pour hâter l'option de l'héritier.

C'est pour le même motif que l'on admit la rétroactivité de l'adition. Donner à l'adition un effet rétroactif, cela revenait à déclarer l'héritier titulaire du patrimoine dès l'ouverture de la succession.

Ceci nous mène à parler des effets de l'adition.

§ 3. — Effets de l'adition.

32. Par l'adition, l'héritier devient donc le continuateur de la personne du défunt, et, en cette qualité, acquiert son patrimoine tel qu'il se comporte ; il succède *in omne jus defuncti*.

Et l'héritier, lorsqu'il a fait adition, est censé avoir remplacé le de cujus dès l'instant même du décès. C'est ce qui résulte nettement de plusieurs textes ; outre le fragment de Gaius qui fait allusion à la souillure que la mort du chef de famille imprimait à sa maison, d'après les croyances romaines : *Heredis familia ex mortis tempore funesta facta intelligitur* (1), il y a la L. 138 pr. de R. J., de Paul, la loi 193 eod. tit. de Celsus et le fragment de Florentinus, L. 54. D. de acq. hered. Grâce à la rétroactivité de l'adition, la situation de l'héritier externe était à peu près la même que s'il eut acquis l'hérédité au décès du de cujus, sauf à confirmer cette acquisition par une manifestation de volonté expresse ou tacite, ou à l'anéantir en répudiant l'hérédité. Il est même probable qu'à l'époque classique on regardait vulgairement le successible comme propriétaire de l'hérédité dès l'instant de la délation, puisqu'on assimilait l'adition à une *vindicatio* : « Si legitimus heres *vindicare* nolit hereditatem meam, » telle est la clause testamentaire que rapporte Scevola (Loi 82 D. de her. inst.). En droit, toutefois, il n'en était pas encore ainsi : l'héritier n'était pas titulaire du patrimoine avant l'adition, autrement il y aurait eu, par l'effet d'une répudiation ultérieure, acquisition *ad tempus* ; et ce qui

(1) L. 28, 4. D. 45, 3.

est plus grave, jusqu'à l'adition, la vocation héréditaire restait intransmissible : *hereditas non adita non transmittitur.*

33. Aussitôt titulaire du patrimoine, l'héritier a le plein exercice des droits héréditaires. Ainsi l'héritier externe qui a fait adition peut certainement, comme l'héritier nécessaire, se mettre en possession, appréhender les biens héréditaires ; il a le *jus possidendi.* C'est dit-on, parce qu'il n'y a pas en droit romain d'héritiers « saisis », dont la présence vienne paralyser le droit des héritiers définitifs; c'est dirons-nous, parce que la législation romaine ne subordonne l'exercice du droit acquis par l'héritier civil à l'accomplissement d'aucune formalité, telle qu'une demande d' « envoi en possession » suivant l'expression malheureuse de notre code. Dès l'adition, et avant même l'adition en vertu de sa vocation héréditaire, puisque c'est souvent la *gestio pro herede* qui entraîne adition, l'héritier externe peut exercer les droits et actions héréditaires. Et à l'inverse, dès qu'il a acquis l'hérédité, il est exposé aux poursuites des créanciers.

34. Tout autre est la question de savoir si l'héritier externe acquiert par l'adition la possession héréditaire, le *jus possessionis.*

On sait notre solution au cas d'hérédité nécessaire; l'héritier nécessaire, d'après nous, acquiert simultanément la propriété et la possession des biens héréditaires. De même l'adition, qui fait certainement acquérir la propriété à l'héritier externe, ne doit elle pas lui procurer la possession? Oui, en bonne logique : cela serait conforme aux vrais principes sur la transmissibilité du *jus possessionis.* C'est ce que niait Savigny, c'est ce que Ihering a dégagé en termes originaux. « La jurisprudence romaine,

dit Ihering, ne se fit aucun scrupule d'accorder les interdits quasi-possessoires ordinaires au successeur universel comme au successeur particulier, du chef de la possession de leur auteur (L. 3, § 6-10, D. XLIII, 19 — L. 1, § 37, D. XLIII, 20, etc.). Le point de vue qui la dirigeait était l'idée parfaitement exacte de la nature abstraite du sujet de la servitude prédiale (*tout* propriétaire) et par suite de son identité, malgré le changement des personnes... Si le prédécesseur a eu la quasi-possession, le successeur l'a également, sans qu'il faille d'abord un acte d'exercice de sa part; tous deux forment juridiquement, en ce qui concerne la servitude, une seule et même personne... En poursuivant logiquement le point de vue établi pour la possession des droits, de l'identité de la personne de l'héritier avec celle du défunt, les Romains auraient pu aboutir aussi bien à laisser passer à l'héritier, dès l'adition de l'hérédité, la possession des choses aussi bien que celle des droits (1). Les jurisconsultes romains n'ont-ils donc pas su, à l'occasion de la transmission universelle, « dégager les effets de la possession de l'existence réelle de ses conditions légales (2) ? » Si l'on pouvait démontrer ainsi que l'héritier externe acquiert la possession héréditaire par l'adition, comme l'héritier domestique l'acquiert *ipso jure*, on aurait un système harmonique et rationnel. Et il ne serait pas impossible de trouver quelques textes et quelques arguments en faveur de cette thèse. La L. 23, D. de acq. poss. semble, il est vrai, la contredire formellement : *Cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia qui-*

(1) Ihering, *Du rôle de la volonté dans la possession*. Trad. Meulenaere, p. 26-27.

(2) Ihering, loc. cit.

dem jura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet. Si l'héritier n'acquiert pas la possession, dit ailleurs Ulpien (1), c'est que la possession n'est pas comprise dans l'hérédité : *non est heredis possessio antequam possideat, quia hereditas in eum id tantum transfundit quod est hereditatis; non autem fuit possessio hereditatis.* Et pourquoi l'hérédité ne possède-t-elle pas? — *Possessionem hereditas non habet, quæ est facti et animi.* Voilà bien l'antique notion de la possession, *possessio res facti*, excluant la transmissibilité du *jus possessionis.* Et cependant on a essayé d'interpréter le dernier de ces textes de telle manière qu'il ne ferait pas obstacle à l'idée que l'héritier continue la possession même du défunt : Ulpien, dit-on, déclare que l'hérédité ne possède pas, mais il n'entend parler que de la possession *quæ est facti et animi*, de la possession état de fait; l'hérédité ne saurait avoir, en effet, ni le *corpus* ni l'*animus*, mais rien ne s'oppose à ce qu'elle supporte et continue les conséquences légales de la *possessio facti.* Si la *jacens hereditas* peut acquérir des droits nouveaux au profit de l'héritier, pourquoi ne pourrait-elle pas continuer à son profit des droits déjà existants (2)? On restreint donc le sens du mot *possessio* dans la L. 1, § 15. Pourquoi n'en pas faire autant dans la L. 23? Pourquoi ne pas dire là encore : sans doute l'adition ne fait pas acquérir à l'héritier la *possessio facti*, mais elle lui confère le *jus possessionis*, elle fait passer sur sa tête les conséquences juridiques de la possession du défunt ? Et bien des textes, d'autre part, paraissent impliquer la trans-

(1) L. 1, § 15. D. 47, 4.

(2) Dufourmantelle, Thèse, p. 45.

mission du *jus possessionis*. C'est la célèbre loi *Cum miles : ...possessio defuncti quasi juncta descendit in heredem* (1), fragment qui n'était pas sans embarrasser Cujas, et que ses adversaires invoquaient en faveur de la saisine héréditaire. Ce sont les LL. 31, §§ 5 et 40, D. De usurp. qui concernent aussi l'*accessio possessionum*. Ce sont enfin les textes qui formulent à l'égard de l'héritier une règle spéciale, en décidant qu'à la différence de ce qui a lieu au cas d'acquisition à titre particulier, la possession de l'héritier demeure affectée des mêmes vices que celle du défunt. *Vitia possessionum a majoribus contracta perdurant et successorem auctoris sui culpa comitatur* (Const. L. 11, C. de acq. vel. ret. poss.). C'est donc que l'héritier continue la possession même du défunt, c'est donc que la possession est au nombre des droits héréditaires, et doit dès lors être acquise à l'héritier par l'adition, puisque l'héritier qui fait adition succède *in omnia jura hereditaria*.

35. Ce système n'a rien de romain ; il repose sur une argumentation ingénieuse, mais visiblement contraire à la lettre comme à l'esprit des textes. Sans doute Ulpien, dans les L. 23 et L. 1 § 15, citées plus haut, considère la possession comme *res facti*, mais il ne distingue certainement pas, il ne nous autorise même pas à distinguer le *jus possessionis* de cette *possessio facti*. *Possessio* et *possessio facti* sont synomymes pour Ulpien : c'est la conception matérialiste du rapport possessoire. *Possessio nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet* : rien n'est plus précis. Quant aux textes relatifs à l'*accessio possessionum* et à la permanence des vices de la possession,

(1) L. 30. D. ex quib. caus.

il est facile de les expliquer, nous le verrons, sans en déduire que l'adition fasse acquérir à l'héritier le *jus possessionis*, ni même que ce droit soit transmissible du défunt à l'héritier. En somme, il est impossible de soutenir sérieusement que l'héritier externe acquière la possession comme un droit, et devienne à la fois propriétaire et possesseur de l'hérérité. C'est précisément parce que l'héritier externe peut être titulaire du patrimoine sans en avoir la possession, que l'*usucapio pro herede*, impossible en présence de l'héritier nécessaire qui est possesseur de plein droit, reste possible en face de l'héritier externe qui a fait adition, tant qu'il n'a pas appréhendé les biens héréditaires.

36. Mais comment justifier cette différence entre la situation de l'héritier domestique après ouverture de la succession, et celle de l'héritier externe après adition? Il y a évidemment là une anomalie, un illogisme : aussi a-t-on souvent invoqué la loi 23 contre la possession légale de l'héritier nécessaire. C'est ainsi qu'Halliger, combattant la doctrine de Doneau (1), s'exprimait en ces termes : « *Si per suitatem transferretur in filium possessio, transiret quoque per aditionem in extraneum, quia post aditionem nulla est differentia inter suum et extraneum ratione adquisitionis.* » Ce raisonnement est très fort : il faudrait seulement savoir s'il était venu à l'esprit des jurisconsultes romains. La possession des héritiers nécessaires, j'ai insisté sur ce point, n'avait pas été admise comme une déduction inévitable des principes rationnels. Ces principes, le droit romain les a seulement entrevus en matière de possession : et loin d'en sanctionner les con-

(1) Sur Doneau, L. 7, c. 10, note 3.

séquences, il a admis des solutions qui en impliqueraient plutôt la négation. Si les prudents reconnurent aux héritiers domestiques la possession héréditaire, ce fut sous l'influence des traditions et à cause de la situation exceptionnelle que les héritiers de cette classe avaient dans la maison pendant la vie du chef de famille. Dès lors qu'il était dérogé, en pareil cas, aux règles ordinaires de l'acquisition des choses, on devait sans peine se départir du vieux formalisme qui exigeait une *apprehensio naturalis* pour l'acquisition de la possession. Rien de semblable quand il s'agissait d'héritiers volontaires. L'acquisition de l'hérédité par un *extraneus* restait soumise au droit commun ; il fallait un acte extérieur, probablement des solennités symboliques à l'origine. La transmission universelle se réalisant, dans cette hypothèse, comme un transfert de propriété à titre particulier, il était naturel de maintenir les règles ordinaires, et d'exiger une appréhension matérielle, pour l'acquisition de la possession héréditaire. Peut-être cependant, de même que l'on avait simplifié les formes de l'adition, aurait-on d'assez bonne heure abandonné ici la nécessité de *l'apprehensio naturalis*. Mais, selon la remarque judicieuse de Ihering, il manquait pour cela un intérêt pratique : car la situation de l'héritier externe qui, après l'adition, est titulaire du patrimoine sans avoir la possession des biens héréditaires, ou celle de l'héritier nécessaire, possesseur *ipso jure*, étaient en fait à peu près identiques. C'est ce que j'indiquais plus haut, c'est ce que j'essaierai bientôt de démontrer brièvement. La jurisprudence, sans modifier les principes de la possession, avait reconnu à l'héritier externe les avantages mêmes qu'aurait entraînés normalement pour lui l'acquisition du *jus possessionis* ; d'une part, la

petitio hereditatis lui tenait lieu des interdits possessoires, et, d'autre part, le cours de l'usucapion n'était pas interrompu par la mort du *de cujus* : si bien qu'en pratique, il en était absolument comme si la possession avait continué pendant *l'hereditas jacens*, et passé *ipso jure* à l'héritier (1). Ces solutions étaient sans doute très anciennes. Plus tard on ne vit aucun intérêt à les justifier autrement, et les adversaires du *jus possessionis* purent facilement triompher d'une théorie qui prétendait ruiner la tradition sans aucun motif pratique, donc sans motif. Le droit romain, en effet, ne s'est-il pas formé suivant les nécessités pratiques, au hasard des circonstances, comme dans les temps modernes la *Common law* anglaise ? Sans doute, les jurisconsultes romains, dans le détail de l'argumentation, aiment à manier le syllogisme ; mais ils s'inquiètent peu de coordonner les solutions éparses où ils s'efforcent de concilier le droit strict et l'équité, ils ne cherchent pas à tracer des théories générales : aussi, n'est-il pas nécessaire, dans l'interprétation des fragments qu'ils nous ont laissés, de résoudre juridiquement les contradictions qui choquent notre rationalisme français : en assignant une cause fortuite à telle anomalie ou à telle institution, on en donne souvent la meilleure explication ; l'histoire justifie le droit.

Si donc les héritiers externes, pour acquérir la possession, doivent encore, à l'époque classique, appréhender les biens héréditaires, c'est que, sans avoir la possession, ils jouissaient des avantages du *jus possessionis* ; c'est que, dès lors, nul intérêt pratique ne provoquait à leur égard

(1) Ihering, loc. cit., p. 27.

un progrès que la situation exceptionnelle des héritiers domestiques avait précipité d'autre part.

37. Par quels procédés juridiques avait-on pu mettre l'héritier externe dans une situation analogue à celle d'un *juris possessor* ?

La prérogative essentielle que confère à l'acquéreur la transmission du *jus possessionis* par un mode de droit, c'est la possibilité de réclamer *de plano* la protection possessoire, en invoquant la possession même de son prédécesseur, et d'obtenir ainsi la possession de fait. Le successeur universel plus que tout autre, a intérêt à pouvoir agir immédiatement au possessoire, puisque c'est après un décès que les biens du propriétaire défunt sont le plus exposés aux usurpateurs. Sans doute, la pétition d'hérédité fournit à l'héritier un moyen souvent commode d'obtenir en justice les biens héréditaires : il lui suffit d'établir qu'il est héritier et héritier *primo gradu*, et doit dès lors être préféré au défendeur qui prétendait garder les biens héréditaires au même titre d'héritier (1). Mais pour que le véritable héritier ait gain de cause, il faut au moins, semble-t-il, que le défendeur se dise comme lui héritier du *de cujus*, qu'il possède *pro herede*. Si, en effet, le défendeur possède *pro possessore*, il ne conteste pas la prétention de l'héritier demandeur ; que l'héritier prouve ou non son titre, peu lui importe, il possède parce qu'il possède, il se pose ouvertement en usurpateur ; l'héritier qui exerce ainsi la pétition d'hérédité contre un *prædo* doit échouer, si d'ailleurs il n'a pas la possession héréditaire, et sa seule ressource est l'action en revendication qu'il tient du défunt. C'est là un moyen si imparfait que, dans toute lé-

(1) MACHELARD, *Théorie des interdits*, p. 57.

gislation qui refuse la pétition d'hérédité contre le défendeur qui possède *pro possessore*, il faut bien accorder à l'héritier l'exercice des actions possessoires, il faut, puisque lui-même ne peut appréhender matériellement les biens héréditaires qui sont, par hypothèse, aux mains d'un tiers sans droits, lui permettre d'invoquer la possession du défunt, proclamer en un mot la transmissibilité du *jus possessionis*, soit par application des principes, soit fictivement, si l'on a donné du rapport possessoire une définition inexacte.

38. C'est ce que n'admit pas le droit romain, mais il protégeait d'ailleurs l'héritier comme il l'aurait fait par les interdits possessoires, puisqu'il lui accordait la pétition d'hérédité non seulement contre celui qui possède *pro herede*, mais aussi contre celui qui possède *pro possessore* (Ulpien. L. 12 et L. 13, pr. D. V, 3). Il n'est d'ailleurs pas nécessaire de dire que la jurisprudence étendit le champ d'application de la *petitio hereditatis* pour combler une lacune du droit civil, pour offrir à l'héritier l'équivalent des interdits *recuperandæ possessionis* que le défunt aurait obtenus si l'usurpation avait eu lieu de son vivant. Indépendamment de cette considération pratique qui sans doute influa sur la solution finale, il était assez logique d'étendre à Rome la pétition d'hérédité contre le *prædo* qui n'élevait aucune prétention au titre héréditaire. A l'origine il est vrai, sous les actions de la loi, la pétition d'hérédité ne pouvait être donnée que contre le *possessor pro herede* : car, dans ce système de procédure, le défendeur devait revendiquer, il devait lui-même affirmer son droit héréditaire. Mais au fond des choses, le *prædo* qui, pour échapper à la pétition d'hérédité, s'inclinait devant le titre du véritable héritier et refusait de défendre au

procès en invoquant sa mauvaise foi, ce *prædo* contestait la prétention du demandeur. On admet assez généralement que l'extension de la pétition d'hérédité fut dirigée contre *l'usucapio lucrativa* (1) : or, celui qui avait appréhendé les biens héréditaires dans le but de les usucaper, n'était pas un possesseur *pro herede* puisqu'il aspirait au contraire à supplanter l'héritier et n'avait personnellement aucun titre : mais sa prétention même contredisait celle du véritable héritier, puisqu'il voulait et pouvait acquérir la qualité d'héritier grâce à *l'usucapio lucrativa* (2). Ainsi, tant que l'ancienne usucapion permit à un *prædo* d'acquérir le titre même d'héritier, il était logique d'assimiler ce *prædo* au possesseur *pro herede*, et de l'obliger à défendre à la pétition d'hérédité. Sans doute, la transformation de *l'usucapio pro herede*, qui ne procurait plus à l'*usucapiens* que la propriété des biens héréditaires sans le titre d'héritier, aurait dû le soustraire aux poursuites de l'héritier : mais l'assimilation était faite, elle était utile et équitable, elle se maintint sans peine.

Indépendamment de la ressource que la pétition d'hérédité, à défaut des interdits *recuperandæ possessionis*, offrait ainsi à l'héritier civil, il lui suffisait d'avoir sollicité du préteur la *bonorum possessio*, pour avoir aussi à sa disposition l'interdit *quorum bonorum*. C'était là, nous le verrons, un procédé très usité en fait. En définitive, l'héritier externe avait au possessoire les mêmes armes que l'héritier nécessaire : pétition d'hérédité, interdit *quorum bonorum*.

(1) Machelard, *Théorie des interdits*. Accarias, t. II, n° 814, p. 849.

(2) Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, n° 773. Accarias, II, n° 814, 2°.

39. Au point de vue de l'usucapion, d'autre part, les choses se passaient à peu près pour l'héritier externe, comme s'il avait succédé à la possession du défunt, comme si le *jus possessionis* avait figuré au nombre des *jura hereditaria*. Pour l'usucapion des biens héréditaires, en effet, l'héritier peut invoquer la possession du défunt, il peut joindre cette possession à la sienne; le temps écoulé entre la délation et l'appréhension entre aussi en ligne de compte pour le calcul du délai de l'usucapion, et l'usucapion peut s'accomplir avant l'adition même. En fait donc, la mort du possesseur n'interrompt pas l'usucapion. C'est ce qui résulte de plusieurs textes : la L. 30. D. ex quib. causis, que je mentionnais tout à l'heure : « .....*possessio defuncti quasi juncta descendit in heredem et plerumque nondum hereditate adita completur* » ; la L. 40 de usucap. *Cœptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri constitutum est;* et la L. 31. § 5 eod. tit. : *Vacuum tempus quod ante aditam hereditatem vel post aditam intercessit, ad usucapionem heredi procedit.* On serait tenté de conclure de ces textes que l'héritier continue la possession même du défunt, et, cela d'autant mieux que, dans l'hypothèse de transmission héréditaire, à la différence de ce qui a lieu dans les autres cas où l'on admet aussi *l'accessio possessionum*, la possession de l'héritier est affectée des mêmes qualités et des mêmes vices que celle du défunt. Aussi certains auteurs, tout en reconnaissant que le droit romain exige une *apprehensio naturalis* pour l'acquisition du *jus possessionis*, considèrent que les prudents, par les solutions relatives à *l'accessio possessionum*, ont consacré la transmissibilité du *jus possessionis*. L'héritier n'acquerrait la possession héréditaire que par l'appréhension, mais à ce

moment, c'est la possession du défunt qu'il continuerait et non une possession nouvelle qui commencerait pour lui.

40. Il est incontestable que l'*accessio possessionum* semble marquer un progrès vers la notion abstraite du rapport possessoire : la continuation de l'usucapion pendant la vacance de l'hérédité, notamment, impliquerait l'abandon du matérialisme ancien (1) ; sans doute l'*hereditas jacens* représente le défunt, mais c'est là une fiction juridique : or les fictions de droit restent sans influence sur les faits : si donc la possession était seulement *res facti*, la mort du possesseur interromprait l'usucapion commencée, puisqu'elle met fin au fait matériel de la possession. Or l'usucapion continue, l'usucapion peut s'accomplir avant l'adition : c'est donc que les effets légaux de la possession survivent au défunt et au fait même de la possession, c'est qu'il y a un *jus possessionis*, dont l'hérédité et l'héritier seront successivement titulaires. On aboutirait ainsi à cette conclusion que l'héritier externe a, dès l'adition, la possession héréditaire, qui appartenait auparavant à l'hérédité jacente. Sans doute, l'adition ne procure pas à l'héritier la possession matérielle, et le *vacuum tempus*, où les biens héréditaires ne sont au pouvoir de personne, peut se prolonger après l'adition (L. 31, § 5 cit.) ; mais l'interruption de la *possessio facti* ne porte pas atteinte au *jus possessionis*, dont la permanence explique seule l'achèvement de l'usucapion malgré le décès du possesseur.

Il faut rejeter cette argumentation ; d'abord l'adition, je crois l'avoir démontré, ne fait en aucune manière acquérir la possession à l'héritier, pas plus la possession de

(1) Ihering, *Esprit du droit romain*, t. III, § 48, note 124.

droit que la possession de fait : mais je vais plus loin et je dis que si l'héritier externe n'acquiert pas le *jus possessionis* avec les autres *jura hereditaria*, c'est qu'il n'y a pas dans cette hypothèse de *jus possessionis*, pas de possession transmise du défunt à l'hérédité jacente et de l'hérédité à l'héritier.

41. Sans rappeler les textes qui suffiraient d'ailleurs à condamner le système de l'acquisition du *jus possessionis* par l'adition, il en est d'autres qui subordonnent *l'accessio possessionum* à l'appréhension des biens héréditaires. Sans poute l'héritier peut invoquer la possession de son auteur ; sans doute, le délai de l'usucapion peut s'accomplir pendant la vacance de l'hérédité ; mais pour que l'héritier soit admis à s'en prévaloir, il faut qu'il ait lui-même commencé une possession nouvelle et une possession matérielle : c'est ce qui résulte formellement de la L. 16, D. 44,3 et de la L. 13 § 12, D. 41, 2 :.... *Cæterum accessio nemini proficit nisi ei qui ipse possedit.* Ainsi l'héritier ne peut invoquer *l'accessio possessionum* sans avoir appréhendé les biens héréditaires. Certains jurisconsultes voulaient, il est vrai, effacer l'interruption de la possession dans la transmission héréditaire, *quoniam plenius est jus successionis quam emptionis*, et autoriser l'héritier à se prévaloir de *l'accessio possessionum*, avant d'avoir possédé lui-même : mais cette solution fut écartée (Ulp. L. 13 § 4. D. 41, 2). Donc il faut une appréhension : mais, dit-on, lorsque l'héritier prend possession à son tour, il ne commence pas une possession de droit nouvelle, il continue la possession de droit du défunt. Et voici par quelles phases singulières passerait ce prétendu *jus possessionis* : après l'ouverture de la succession, l'hérédité jacente a la possession héréditaire à la place du défunt. Ulpien déclare,

il est vrai que *possessionem hereditas non habet, quæ facti est et animi,* mais cela devrait s'entendre, suivant l'interprétation que j'ai rapportée : l'hérédité n'a pas la possession de fait ; et non pas : l'hérédité n'a pas la possession *qui est* chose de fait. Ainsi, l'hérédité jacente continue la possession de droit du défunt, elle soutient les conséquences juridiques de la possession du défunt, ces conséquences ne reposent désormais sur aucun état de fait, peu importe. Que va-t-il arriver lors de l'adition ? Sans doute l'héritier va se substituer à l'hérédité jacente, comme l'hérédité au *de cujus* ? Nullement. L'adition vient brusquement suspendre l'existence du *jus possessionis*. Ce droit avait jusque là survécu au défunt, il avait pour sujet la personne fictive de l'hérédité, et il ne se liait alors à aucune possession matérielle : et le phénomène juridique qui à l'hérédité, sujet fictif, vient substituer l'héritier, sujet réel, interrompt le *jus possessionis*, parce qu'il faut désormais aux conséquences légales de la possession un état de fait correspondant ; l'héritier, pour se prévaloir du droit de possession du défunt, doit acquérir lui-même une possession de fait qui servira de support au *jus possessionis* (1).

42. Ce système est insoutenable. Ou bien le *jus possessionis* peut survivre à la possession matérielle indépendamment de tout état de fait, et alors, pourquoi exiger une *apprehensio naturalis* pour l'acquisition de ce droit par l'héritier ? Ou bien le *jus possessionis*, à supposer qu'il puisse être détaché de la possession même qui l'a engendré, doit reposer sur une nouvelle *possessio facti* : et alors l'hérédité jacente ne peut pas plus avoir la possession de droit que la possession de fait, et il est même inutile

(1) DUFOURMANTELLE, loc. cit., p. 45-47.

d'écarter par une traduction libre la L. 1 § 15, D. 47, 4. En outre, d'après nos adversaires le *vacuum tempus* serait compté pour l'usucapion grâce au *jus possessionis* : que vaut ce motif pour le *vacuum tempus post aditam hereditatem*, pendant l'étrange sommeil du *jus possessionis* ? En définitive, le *jus possessionis* ne saurait justifier l'*accessio possessionum* : à moins d'effacer la L. 23 et tous les textes qui subordonnent à l'appréhension matérielle et l'acquisition de la possession par l'héritier, et la possibilité pour lui d'invoquer l'*accessio possessionum*. Il vaut mieux le reconnaître franchement, le droit romain a suivi dans notre matière la notion primitive de la possession, il n'a pas dégagé le *jus possessionis* de la *possessio facti*. L'hérédité jacente n'a pas la possession, l'héritier qui a fait adition ne l'a pas davantage. Si l'héritier n'acquiert la possession héréditaire que par l'*apprehensio naturalis*, comment soutenir qu'à ce moment il vient non seulement commencer une nouvelle possession de fait, mais continuer la possession de droit du défunt ? Que serait devenue cette possession de droit pendant le *vacuum tempus ante* ou *post aditam hereditatem* ? Le *jus possessionis* est un droit : il devrait dès lors suivre le sort des autres droits héréditaires, quelle que soit la situation matérielle des biens. En raison, la *juris possessio* est indépendante de la *possessio facti*, et l'appréhension est à son égard un fait indifférent. Si le droit romain a refusé la possession à l'héritier titulaire du patrimoine, c'est qu'il a méconnu les principes rationnels, et l'*accessio possessionum*, qui atténue les inconvénients du *vacuum tempus*, n'est pas une application de ces principes.

43. Le système suivant lequel l'héritier externe continuerait la possession même du défunt repose, en somme,

sur la phrase célèbre : *Possessio defuncti quasi juncta descendit in heredem*, comme les théories anciennes sur l'origine romaine de la saisine, comme l'explication bâtarde de Cujas, qui, refusant à l'héritier et à l'hérédité jacente la *possessio ad interdicta*, leur concédait cependant la *possessio ad usucapionem*. On prête ainsi une valeur juridique à une simple métaphore : or, si les mots *descendit in heredem* éveillent l'idée de transmission du défunt à l'héritier, le terme de *juncta* dans la même phrase, comme l'expression *d'accessio possessionum* impliquent au contraire, qu'il y a en réalité deux possessions distinctes, fictivement rapprochées dans un intérêt d'équité. Et en effet, l'*accessio possessionum* est avant tout une institution d'équité : c'est pour cela qu'il est impossible d'expliquer en droit strict l'ensemble des textes sur ce sujet, et qu'en l'essayant, on aboutit aux contradictions les plus choquantes. Les jurisconsultes romains eux-mêmes attestent ce caractère exceptionnel de l'*accessio possessionum* : *hoc jure singulari receptum est*, dit Papinien (L. 44 § 3, D. de usurp.) ; et Scevola (L. 14, pr. D. de div. temp. prœsc.) : *de accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus : consistunt enim in sola æquitate.* Sans chercher à formuler aucun principe général en cette matière, sans invoquer surtout l'*accessio possessionum* à l'appui d'aucune théorie, il vaut mieux se borner à dire que l'on avait autorisé l'héritier à joindre à sa possession personnelle celle de son auteur : on lui tenait compte de la possession du défunt et du *vacuum tempus* comme s'il n'y avait eu en fait aucune interruption de possession, comme si l'héritier avait, en fait, possédé à la place du défunt. Cette fiction n'était d'ailleurs pas restreinte au cas de trans-

mission héréditaire ; mais elle était très naturelle dans cette hypothèse, puisque grâce à la représentation du défunt par l'hérédité et par l'héritier, c'était, en quelque sorte, la même personne qui avait successivement possédé les mêmes biens : identité du sujet, identité de l'objet, cela aurait fait proclamer l'identité du rapport possessoire lui-même, si les prudents avaient eu de ce rapport une conscience précise. De la continuation de la personne du défunt par l'héritier, ils déduisirent seulement cette conséquence que la possession de l'héritier serait affectée des mêmes qualités et des mêmes vices que celle du défunt : c'est la solution consacrée par la constitution de Constantin (L. 11. C. de acq. poss. 7, 32). Mais l'*accessio possessionum*, dans la transmission héréditaire comme dans la transmission à titre particulier, se maintint avec le caractère d'un expédient d'équité ; cette institution mal comprise, imparfaitement analysée par les Romains eux-mêmes, peut bien nous paraître aujourd'hui conforme à la définition exacte du rapport possessoire, mais historiquement, elle est antérieure à cette définition même. Je concéderai seulement que certains jurisconsultes durent comprendre que là était la vérité juridique, et souscrire à cette solution au nom de la raison, de même qu'ils avaient fait maintenir l'acquisition légale de la possession par les héritiers nécessaires, malgré l'abandon du régime patriarcal. Mais si, en fait, à l'époque classique, les héritiers externes avaient dès l'adition, et, dans une certaine mesure, avant l'adition, les avantages du *jus possessionis*, ils n'acquéraient, en droit, la possession que par l'appréhension matérielle, parce que le *jus possessionis* restait encore dans l'ombre.

CHAPITRE III

DE L'ACQUISITION DE LA *bonorum possessio*. — DE LA *bonorum possessio* SOLLICITÉE PAR L'HÉRITIER CIVIL

44. A côté de l'hérédité civile, la *bonorum possessio* concédée par le préteur mettait *loco heredum* ceux qui en étaient investis. Quelle que soit l'origine de la *bonorum possessio*, — c'est un problème dont la discussion nous entraînerait trop loin — il y a un point certain, c'est l'ancienneté de cette institution : elle était déjà traditionnelle au temps de Cicéron (1). C'est là un argument sérieux en faveur de la thèse suivant laquelle la *bonorum possessio* aurait été dans le principe accordée, il vaudrait mieux dire même reconnue aux héritiers civils, spécialement aux héritiers domestiques qui avaient en effet la possession des biens héréditaires ; plus tard seulement elle fut offerte par l'Édit à certaines personnes qui n'avaient aucune vocation *jure civili*, soit en l'absence d'héritiers civils, soit même à l'encontre des héritiers civils.

La succession prétorienne se réalise tout autrement que la transmission héréditaire du droit civil. A la place des cérémonies extérieures et symboliques qui, dans le droit ancien, donnaient une valeur juridique à l'expression de la volonté individuelle, c'est l'intervention du magistrat

(1) Cf. *Actio 2a in Ver.*, I, 45.

qui consomme la transmission universelle. La *bonorum possessio* n'est jamais acquise de plein droit : il faut une décision du préteur, et cette décision, l'intéressé doit la provoquer.

45. Voici quel était le mécanisme de l'institution prétorienne : l'Édit énumérait les personnes qui auraient droit à la *bonorum possessio*, par catégories ou séries auxquelles la *bonorum possessio* était successivement déférée. Les appelés, dans chaque série, avaient un délai utile de cent jours pour se prononcer; s'ils gardaient le silence, ils étaient exclus, et il y avait suivant les cas, accroissement aux co-appelés ou dévolution à la série suivante. Pour acquérir la *bonorum possessio* il fallait, avant l'expiration du délai, adresser au préteur une demande écrite ou verbale. Cette requête devait être conçue en termes solennels, ce qui est assez remarquable, et tendrait encore à prouver l'antique origine de la *bonorum possessio*. « *Da mihi hanc bonorum possessionem* », telle était la formule consacrée, que vint abroger une constitution de l'Empereur Constance (L. 9, C. VI. 9). Mais tandis que l'héritier civil devait faire adition en personne, la *bonorum possessio* pouvait être réclamée par un mandataire, ou même par un *negotiorum gestor*, sauf ratification ultérieure. (Ulp. L. 3 § 7, D. 37, 1). Les textes désignant sous le nom d'*agnitio*, la demande adressée au magistrat, on dit souvent que la *bonorum possessio* s'acquiert *agnitione*. Cela est inexact : l'*agnitio* est insuffisante à faire acquérir la *bonorum possessio*, il faut la décision du préteur. D'ailleurs, en règle générale, le préteur faisait droit à la demande par cela seul qu'elle était conforme à l'Édit, sans enquête, par acte de juridiction gracieuse. La *bonorum possessio decretalis* était tout exceptionnelle.

46. La décison du préteur est une véritable investiture donnée au *bonorum possessor*. Le *bonorum possessor*, avant cette décision, n'a aucun droit sur les biens héréditaires ; il ne pourrait pas agir contre les créanciers et n'est pas exposé à leurs poursuites. Nous rencontrons ainsi à Rome le système qui subordonne l'exercice actif et passif des droits héréditaires à l'intervention de l'autorité judiciaire. D'ailleurs la décision qui donne à l'héritier prétorien la *bonorum possessio* a des effets plus étendus que les nombreuses *missiones in possessionem* accordées par le préteur. On sait qu'il ne faut pas s'arrêter à l'expression de *bonorum possessio*, en ce sens que le *bonorum possessor* n'acquiert pas seulement la possession du patrimoine. La *bonorum possessio*, d'après Ulpien, confère le *jus persequendi retinendique patrimonii* (1), ce qui rend assez bien la notion du *jus possidendi ;* or le *jus possidendi* n'est qu'une forme du droit de propriété ; et, en effet, le *bonorum possessor* est, en droit prétorien, titulaire du patrimoine *loco heredis*, il peut être, *ficto se herede*, demandeur ou défendeur aux actions héréditaires (G. IV. 34). Mais, pour acquérir la propriété civile des *corpora hereditaria*, le *bonorum possessor* doit les usucaper et, pour cela, en prendre possession effective. C'est dans ce but que le préteur lui accorde l'interdit *quorum bonorum*, fondé sur sa *juris possessio*. En ce sens, l'épithète de *bonorum possessio* est exacte : le *bonorum possessor* a, avant tout la *possessio juris* du patrimoine. Il y avait dès lors intérêt, même pour l'héritier civil, à solliciter du préteur la *bonorum possessio* : car le *bonorum possessor* trouvait dans l'interdit *quorum bonorum* un moyen com-

(1) L. 3 § 1, D. 27, 1.

mode d'appréhender les biens héréditaires ; et il évinçait au possessoire toute personne, même l'héritier civil qui n'avait pas eu soin de réclamer le même titre (1). L'héritier civil, pour triompher du *bonorum possessor*, devait alors exercer contre lui la pétition d'hérédité, et, en qualité de demandeur, prouver qu'il avait un titre plus fort que son adversaire, c'est-à-dire, à l'époque classique, qu'il occupait sur l'Édit un rang supérieur (2).

47. L'héritier civil réclamait donc en fait, la *bonorum possessio*. L'*agnitio*, qui tendait à lui procurer la possession de l'hérédité, devint de bonne heure un procédé usuel pour l'acquisition de l'hérédité elle-même. *Agnoscere*, dans les fragments des grands jurisconsultes (4), est souvent synonyme d'*adire hereditatem*. Et l'on voit les conséquences de cette pratique : par le même acte (puisqu'en somme la décision du préteur suivait inévitablement l'*agnitio*), l'héritier acquérait à la fois la propriété et la *juris possessio* de l'hérédité. C'était un pas considérable vers la transmission simultanée de la propriété et de la possession héréditaires, bien que la possession ac-

(1) Petit. op. cit., n° 679.

(2) Petit, op. cit., n° 678 b. — Maynz, t. III, §, 393. — On a beaucoup discuté sur l'utilité que l'interdit *quorum bonorum* pouvait offrir à l'héritier civil, muni d'ailleurs de la pétition d'hérédité. M. Machelard s'est rallié au système des glossateurs suivant lequel « l'interdit *quorum bonorum* n'est qu'un moyen provisoire, n'ayant trait qu'à l'obtention de la possession, sauf débat ultérieur sur le fond du droit ». (*Théorie des interdits*, p. 59). L'héritier civil a certainement intérêt à avoir la possession, puisqu'il échappe ainsi au fardeau de la preuve. En sollicitant la *bonorum possessio*, il enlève à ses adversaires une arme qu'ils auraient pu employer contre lui (Machelard, id., p. 69).

quise par l'héritier de par la décision prétorienne ne fût peut-être pas le *jus possessionis* du *de cujus*. En même temps, un principe nouveau apparaissait : l'intervention de l'autorité judiciaire, l'investiture conférée par le magistrat.

En définitive, voici les règles très simples qui résultent de la combinaison du droit civil et du droit prétorien :

1° L'héritier externe n'a aucun droit acquis par le seul fait de la délation ;

2° Il acquiert l'hérédité et la possession héréditaire en adressant une requête au préteur, requête suivie d'une décision conforme.

Que reste-t-il de ces principes dans le dernier état du droit romain ? Y a-t-il eu un nouveau progrès vers l'acquisition légale et simultanée de la propriété et de la possession dans la transmission héréditaire ? C'est ce que nous devons maintenant rechercher.

CHAPITRE IV

DE L'ACQUISITION DE L'HÉRÉDITÉ DANS LE DROIT DE JUSTINIEN

48. La jurisprudence, en simplifiant les formes de l'adition, avait permis l'acquisition de l'hérédité civile par les modes les plus sommaires ; mais encore fallait-il une adition, un acte de l'héritier appelé, et, jusqu'à l'adition, la vocation héréditaire restait intransmissible : il n'y avait donc pas acquisition légale de l'hérédité. D'autre part l'héritier, pour être possesseur en droit, devait solliciter la *bonorum possessio* : l'*agnitio* lui conférait simultanément la propriété et la possession héréditaires, mais cette acquisition était subordonnée à l'intervention du magistrat.

Il y eut certainement des constitutions impériales qui modifièrent les formalités de l'*agnitio*. Constance, ou peut-être Constantin, supprima la formule sacramentelle : *Da mihi hanc bonorum possessionem*. De plus, tandis qu'il fallait auparavant réclamer la *bonorum possessio* au prêteur lui-même, on pourrait désormais s'adresser à un magistrat quelconque, *apud quemlibet judicem vel etiam apud duumviros* (L. 9, C. 6, 9). Ainsi la procédure de l'*agnitio* était simplifiée : mais la nécessité d'obtenir une autorisation du juge subsistait encore (1).

(1) Planiol, *Origine romaine de la saisine héréditaire*. Revue critique, t. LI, p. 448.

En est-il ainsi dans le droit de Justinien ? L'acquisition de la *bonorum possessio* exige-t-elle encore l'intervention de l'autorité judiciaire, ou bien la *bonorum possessio* ne peut-elle pas, à cette époque, s'acquérir comme l'hérédité civile par la seule volonté du successible ?

49. Justinien, au § 10 Instit. de *bon. possess.* s'exprime en ces termes :

« *Sed bene anteriores principes et huic causæ providerunt ne quis pro petenda bonorum possessionem curet, sed, quocumque modo si admittentis eam indicium intra statuta tamen tempora ostenderit, plenum habeat earum beneficium* ».

D'après ce texte, l'obligation de réclamer en justice la *bonorum possessio* aurait été supprimée par des constitutions antérieures. Lesquelles ? C'est ce que Justinien ne précise pas, et c'est ce que les interprètes n'ont pu encore découvrir.

D'après M. Planiol, la dispense de *petitio* aurait été d'abord accordée à certains héritiers privilégiés : cela résulterait d'une constitution de Constantin rendue en 321 et d'une *oratio* adressée au Sénat en 426 par Théodose et Valentinien. La réforme de Constantin concernait la mère appelée à la succession de ses enfants : «... *ita ut, nec petita bonorum possessione (quoniam hujus legis, non prætoris est beneficium), illico ut sibi delatæ portionis dies extiterit, aditione simplici, adrepto rerum quolibet corpore vel animi destinatione patefacta, plenum dominium delatæ sibi portionis consequatur* ». (L. 1 in fine. C. Th. de legit. hered. V, 1). Où est donc l'innovation de Constantin ? Constantin a-t-il entendu modifier les règles de l'*agnitio* ? Nullement. La portée du texte que nous venons de transcrire est tout autre. On sait

en effet que, d'après le droit civil, la mère ne succédait pas à ses enfants, sauf le cas où, grâce à la *manus*, elle pouvait invoquer le lien d'agnation. Le sénatus-consulte Tertullien avait amélioré la condition de la mère ; mais, conçu dans l'esprit de la loi Pappia Poppæa, il subordonnait au *jus liberorum* sa vocation héréditaire (1). Le plus souvent donc la mère ne pouvait succéder à ses enfants qu'en réclamant la *bonorum possessio unde cognati*. Eh bien, Constantin décida que, *sans avoir à réclamer* la *bonorum possessio*, la mère aurait désormais un droit dans la succession de ses enfants, droit fondé sur la constitution impériale et non sur l'Édit. C'est ce qu'indique très nettement la parenthèse : *quoniam hujus legis non prætoris est beneficium*. La mère viendra ainsi prendre part à l'hérédité civile, et elle pourra acquérir sa part héréditaire suivant l'un des modes du droit civil, *pro herede gerendo — adrepto rerum quolibet corpore*, — ou *nuda voluntate — animi destinatione patefacta*. Rien n'est changé aux formes de l'*agnitio*. Si la mère veut acquérir la *bonorum possessio*, elle devra, comme par le passé, et comme tout autre héritier, adresser une requête au magistrat. Mais elle peut, grâce à la réforme de Constantin, venir à la succession de ses enfants sans invoquer le droit prétorien. Ainsi interprétée, on conçoit que la constitution de 321 s'applique spécialement à la mère : tandis qu'il serait étrange que la première modification aux règles de l'*agnitio* eut été introduite en faveur de la mère.

Il est vrai que l'*oratio* de Théodose et Valentinien semble étendre au père un privilège dont la mère jouissait seule jusque-là. Mais la décision des empereurs n'est pas

(1) Petit, n° 666.

relative aux formes de l'*agnitio* ; elle porterait plutôt atteinte au principe : *Hereditas non adita non transmittitur*. Théodose et Valentinien supposent une succession déférée à un *infans* ; ils autorisent les parents à faire adition en son nom ou à réclamer pour lui la *bonorum possessio* : et si l'enfant vient à décéder avant l'accomplissement de ces formalités, le *parens* survivant peut néanmoins recueillir *jure patrio* les biens échus à l'enfant, comme s'il les avait irrévocablement acquis, *quasi jam infanti quæsita*. Telles sont les solutions de la constitution insérée au Code de Justinien (L, 18 pr. et § 1, *de jure delib.*). Il résulte seulement du préambule de l'*Oratio* (C. Th. loc. cit.) que la faveur accordée aux *parentes* avait été d'abord réservée à la mère et aux ascendants maternels : ce qui s'explique, puisqu'il s'agissait de l'attribution du pécule adventice, qui provenait presque toujours à l'enfant de la ligne maternelle. En tous cas, tandis que la Constitution de 321 suppose une hérédité directement déférée à la mère, celle de 426 concerne une succession recueillie par transmission. L'hypothèse n'est donc pas la même : mais ni dans l'un ni dans l'autre cas, les empereurs n'ont voulu supprimer les formalités de l'*agnitio* en accordant « de plein droit » à certains héritiers, « tous les avantages que les autres obtiennent par décision de justice (1). »

50. Il y a d'autre part, au Code de Justinien, deux constitutions qui règlent certainement l'acquisition de la *bonorum possessio* : les lois 8 et 9 au C. VI. 9 ; la loi 9 qui, nous le savons, se borne à modifier les conditions de la demande ; la loi 8 d'après laquelle, celui qui, pour une cause quelconque, *per rusticitatem vel ignorantiam*

(1) Planiol, loc. cit.

facti, vel absentiam, vel quamcunque aliam rationem, aura laissé passer le délai légal sans réclamer la *bonorum possessio*, n'encourra pas déchéance. C'est à ce texte que Justinien aurait fait allusion dans le paragraphe 10 des Institutes ; la loi 8 serait cette *lex Constantiniana* qu'il rappelle ailleurs (1) : car l'attribution des lois 8 et 9 est très douteuse, on les prête soit à Constance, soit à Constantin. Mais il y a une objection très sérieuse à cette conjecture : la loi 9, en effet, puisqu'elle supprime la formule solennelle de l'*agnitio*, suppose encore en vigueur la requête au préteur : *Da mihi hanc bonorum possessionem*. Ainsi, « pour que la loi 8 comportât le sens qu'on veut lui donner, il faudrait d'abord établir qu'elle est postérieure à la loi 9, hypothèse que la place respective de ces textes rend inacceptable (2) ». La loi 8 n'a pas supprimé la nécessité d'une demande expresse ; elle signifie seulement, suivant la judicieuse interprétation de M. Accarias (3), que désormais on ne s'attachera plus rigoureusement au délai utile de cent jours, mais que celui qui pourra établir que son silence n'impliquait pas l'intention de répudier sera admis, malgré l'expiration du délai, à réclamer la *bonorum possessio*.

51. En définitive, on ne saurait dire à quelle époque remonte l'innovation que signale Justinien. Il y a tout lieu de croire cependant que le changement consacré au § 10 des Institutes était déjà réalisé à l'avènement de Justinien ; car ce prince, s'il avait apporté ici une modification au droit antérieur, n'aurait pas manqué d'en revendiquer

(1) L. 7, § 3. C. V. 70.

(2) Accarias, t. II, p. 1258, note 2.

(3) Accarias, loc. cit.

la paternité. Mais, à supposer même que Justinien ait généreusement prêté à ses prédécesseurs une décision dont il était, en réalité, le premier auteur, il n'en resterait pas moins que, d'après le texte des Institutes, la *bonorum possessio* n'a plus besoin d'être demandée au magistrat ; elle s'acquiert par une simple manifestation de volonté. On peut, en effet, écarter l'autorité historique du § 10, mais ce texte conserve une valeur légale comme décision personnelle de Justinien, puisque Justinien, en rapportant cette décision, l'approuve expressément (1). Mais, objecte M. Maynz, si le commencement du texte ferait croire que Justinien voulait affranchir l'obtention de la *bonorum possessio* de toute formalité, il y a plus loin un membre de phrase qui vient détruire cette conjecture : les mots *intra statuta tempora* ne pouvant s'appliquer ni à l'*aditio* ni à la *pro hedere gestio*, indiquent que Justinien a entendu conserver l'*agnitio* comme un mode particulier d'acquisition de la *bonorum possessio*. Cette objection ne doit pas nous arrêter ; ce qui résulte seulement des mots *intra statuta tempora*, c'est que le successible doit prendre parti dans un certain délai, et cette décision est tout à fait conforme à l'esprit de la législation de Justinien qui impose à l'héritier, comme l'avait fait jadis le préteur, un *spatium deliberandi*. Mais l'obligation d'acquérir la *bonorum possessio* dans un délai donné n'implique nullement celle de la réclamer au magistrat : bien au contraire, Justinien déclare formellement que toute manifestation de volonté dans les délais légaux fait acquérir la *bonorum possessio* ; c'est, en somme, la règle de l'acquisition de l'hérédité civile appliquée à la

(1) Accarias, t. I, § 468. 3°.

bonorum possessio; et il n'y a rien là qui doive nous surprendre, puisqu'à cette époque les deux institutions tendent à se confondre.

52. Ainsi, dans le droit de Justinien, et peut-être même pendant les derniers siècles de l'empire Romain, l'héritier externe acquiert à la fois, sans l'intervention de l'autorité et par une simple manifestation de volonté, l'hérédité civile et la *bonorum possessio* : il acquiert donc simultanément, comme l'héritier nécessaire, l'hérédité et la *juris possessio* de l'hérédité. M. Planiol en conclut que tout héritier, dans le dernier état du droit romain, a la saisine héréditaire; ce serait l'occasion de répéter ce que nous disions plus haut de cette expression, et de protester encore contre l'emploi d'une formule équivoque, qui ne sert qu'à masquer la vérité juridique. M. Planiol peut, en effet, soutenir que l'héritier a, sous Justinien, la saisine héréditaire, quand il la définit en ces termes : « l'autorisation donnée aux héritiers d'entrer en possession de la succession sans formalités préalables, et d'exercer au besoin l'action possessoire qui leur est dès lors ouverte de plein droit.... (1). » L'héritier aurait la saisine, parce que l'interdit *quorum bonorum* a survécu à la *missio in possessionem* et que, dès lors, l'héritier peut agir au possessoire sans avoir reçu l'investiture judiciaire. Mais l'héritier externe du droit de Justinien n'a pas la saisine, si l'on entend par saisine l'acquisition légale de la *juris possessio* : sans doute, l'exercice de l'interdit *quorum bonorum* implique chez l'héritier la *juris possessio*, mais que l'héritier ait le *jus possessionis* sans appréhension de fait ni investiture judiciaire, cela suffit-il pour qu'il ait la saisine ? Non, si la saisine est l'acquisition légale du *jus posses-*

(1) Planiol, p. 452.

sionis. L'innovation du § 10, en effet, n'aboutit pas à « transférer de plein droit à l'héritier le bénéfice de la possession légale dont le défunt jouissait, en lui donnant, avant toute appréhension de fait de sa part et sans aucune décision de justice, le libre exercice de l'interdit *quorum bonorum* » (1). Il n'y a pas transfert de plein droit, puisque l'acquisition de la *bonorum possessio*, l'acquisition de l'hérédité elle-même reste subordonnée à une manifestation de volonté du successible ; la succession n'est pas encore, en toute hypothèse, un mode d'acquérir.

53. Cependant une dernière réforme de Justinien vint transformer en ce sens le droit antérieur. Ce fut l'œuvre de deux constitutions célèbres, les LL. 19 et 22 au C. *de jure delib.*

Dans la loi 22, Justinien réglementait le *jus deliberandi*, et à cette occasion, décrétait une institution nouvelle, le bénéfice d'inventaire. Jusqu'alors les créanciers héréditaires, pour contraindre l'héritier à prendre qua-

(1) Planiol, p. 449. Notons d'ailleurs que M. Planiol ne définit pas très exactement le *jus possessionis*. Posséder, ce serait avoir le droit de se mettre en possession. S'il en était ainsi, l'héritier externe, nous l'avons vu, aurait en droit civil la possession héréditaire. C'est confondre le *jus possessionis* avec le *jus possidendi*. Le *jus possessionis* n'exige pas sans doute chez son titulaire la détention matérielle, mais il implique le droit d'agir en justice pour l'obtenir, en invoquant la possession de son auteur. En ce sens, il n'est pas certain que la *bonorum possessio* confère le *jus possessionis*, car si à l'origine, l'interdit *quorum bonorum* accordé à l'héritier domestique a pu être fondé sur la possession qu'il avait acquise du chef du défunt, cet interdit étendu à tout héritier qui a sollicité du prêteur la *bonorum possessio*, ou qui sous Justinien a manifesté l'intention de l'acquérir, repose non sur une *possessio* acquise et transmise avec les autres droits héréditaires mais sur la *posssesio* spéciale déférée par le magistrat ou offerte à l'héritier par les constitutions impériales.

lité, devaient s'adresser au préteur et solliciter la fixation d'un délai. Désormais l'héritier appelé, pour échapper aux poursuites des créanciers héréditaires, aurait le choix entre deux partis : faire adition, et commencer, dans les trente jours utiles à dater de la délation, un inventaire qui devrait être clos dans les deux mois suivants : l'héritier, à ces conditions, pouvait opposer aux créanciers une exception dilatoire, pendant la durée de l'inventaire, et, ce temps expiré, il jouissait du bénéfice d'inventaire, c'est-à-dire qu'il échappait à l'obligation d'acquitter sur ses biens personnels les dettes héréditaires ; — ou bien, suivant le droit ancien, solliciter lui-même un délai, délai qui, en aucun cas, ne pouvait être prorogé et qui était d'un an ou de neuf mois suivant qu'il était accordé par le Prince ou par le magistrat. L'héritier qui réclame un délai pour délibérer, renonce par là même au bénéfice d'inventaire, il a seulement l'exception dilatoire jusqu'à l'achèvement du délai ; que si l'héritier n'a pas exercé son droit d'option à l'expiration du *tempus deliberamdi*, il est réputé acceptant. Plus exactement, Justinien décide que le successible, en pareil cas, est tenu de payer toutes les dettes et d'exécuter les legs (§ 14), il ne dit pas que le successible soit, d'une manière générale, investi de l'hérédité ; mais il faut compléter hardiment le texte de la loi 22 ; car la doctrine suivant laquelle l'héritier serait tenu du passif, sans recueillir l'actif héréditaire, qui appartiendrait au substitué vulgaire, s'appuie sur un fragment de l'époque classique, la L. 69 D. 29. 2, et confond ainsi deux législations successives pour aboutir à une solution incohérente (1) — Donc, l'héritier externe, dans le droit

(1) Accarias, t. I, p. 940, note 1. Cf. Maynz, t. III, § 397, note 25.

de Justinien, peut acquérir l'hérédité sans manifestation de volonté expresse, sans adition, et par cela seul qu'il a laissé écouler sans rien dire un certain délai.

En outre, il résulte de la L. 19 que si l'héritier meurt sans avoir pris parti, il transmet sa vocation à ses propres héritiers, pourvu qu'il n'y ait pas plus d'un an qu'il ait appris la délation de la succession (1). C'est un grand échec au principe : *heredita non adita non transmittitur*.

54. Ces deux solutions nouvelles, l'acquisition de l'hérédité par simple présomption légale, et la transmissibilité de la vocation héréditaire, sont incompatibles, a-t-on dit, avec le principe fondamental du droit classique : que l'héritier externe doit *adire hereditatem*. Et cependant, les réformes de Justinien étaient le terme naturel de la lente évolution qui se produisait depuis plusieurs siècles. Si, en droit, l'adition restait un mode d'acquérir, en fait, elle avait perdu toute importance : la rétroactivité de l'adition, l'abandon de la formalité de la *cretio*, et la simplification de l'*agnitio*, toutes les innovations de la jurisprudence et du droit impérial tendaient au même but : l'acquisition légale de l'hérédité, sauf droit d'option pour le successible investi. Les Lois 19 et 22 marquent seulement deux phases nouvelles dans le développement historique des principes de la transmission universelle.

55. Désormais l'héritier, quel qu'il soit, est investi dès l'ouverture de la succession d'un droit transmissible à ses propres héritiers. Il peut acquérir l'hérédité sans formes solennelles, sans déclaration expresse, sans investiture de l'autorité judiciaire ou politique. Il peut de même invoquer *de plano* la protection possessoire, et se prévaloir pour l'usucapion de la possession même du défunt.

Il subsiste néanmoins quelque chose de la distinction antique, de la classification des héritiers en nécessaires et volontaires. Les premiers, en effet, acquièrent *ipso jure* l'hérédité, la propriété et la possession des biens héréditaires ; les autres, si, en fait, ils sont immédiatement substitués au défunt, en droit strict, n'acquièrent pas l'hérédité par la force même de la loi ; ils ne sont héritiers irrévocables que par une adition expresse ou présumée, et l'exercice de l'interdit *quorum bonorum*, le droit d'invoquer l'*accessio possessionum* restent subordonnés pour eux à cette adition.

En fait, il peut y avoir, au cas d'hérédité externe, acquisition simultanée de la propriété et du *jus possessionis* ; mais, en droit, ce n'est pas encore l'acquisition de la propriété qui entraîne celle de la possession héréditaire, conformément aux principes rationnels. C'est qu'à aucune époque le droit romain n'a formulé clairement et dans toute son ampleur la théorie de la possession, jamais il n'a proclamé le caractère abstrait et la transmissibilité du *jus possessionis*. La possession de l'héritier nécessaire n'avait été admise qu'accidentellement, grâce à la situation exceptionnelle des héritiers domestiques ; celle du *bonorum possessor* était, elle aussi, le produit de l'histoire et non de la raison, et c'est accidentellement encore et par l'effet de la coutume qu'elle appartint à l'héritier civil.

Donc, en droit romain, l'acquisition légale et simultanée de la propriété et de la possession, dans la transmission héréditaire, n'est pas une règle d'application générale.

En fait cependant, il y a dans la législation de Justinien tous les éléments de notre droit actuel, et l'on dirait volontiers, alors comme aujourd'hui, que tout successible

est légalement investi de l'hérédité, sauf exercice d'un droit d'option, que la succession est un mode d'acquérir.

Et cette antinomie apparente entre le fait et le droit n'a rien qui doive surprendre, car c'est chose fréquente, dans l'évolution des institutions juridiques, que la reconnaissance pratique d'un principe en précède la reconnaissance théorique.

DEUXIÈME PARTIE

ANCIEN DROIT

56. Sous une forme énergique et expressive, notre ancien droit proclama le principe que la jurisprudence romaine n'avait pas su dégager des solutions alors en vigueur: l'acquisition légale de l'hérédité, la transmission immédiate de la propriété et de la possession des biens héréditaires, la saisine enfin suivant l'expression du temps.

« Le mort saisit le vif, son hoir plus proche et habile à succéder », telle fut la règle posée par les Coutumes: et cette formule qui s'explique, ainsi que nous le verrons, par des institutions juridiques aujourd'hui abandonnées, exprimait l'idée de notre article 711: la succession est un mode d'acquérir.

Et longtemps avant la maxime coutumière, ce principe appartenait déjà au droit positif: il régissait la transmission héréditaire dans la Gaule barbare et jusqu'en Germanie : il remonte aussi haut que la succession même.

ÉPOQUE GERMANIQUE

57. En Germanie, comme dans la Rome primitive, le principe d'acquisition légale de l'hérédité découle du droit des personnes, il est intimement lié à l'organisation de la famille. Tandis qu'à Rome certains héritiers seulement acquéraient l'hérédité sans adition, tout héritier en droit germanique succède immédiatement et de plein droit au défunt: c'est que la succession, chez les Germains, a lieu dans l'intérieur de la famille; le testament est inconnu (1). La solidarité et la copropriété de la famille conduisaient en effet à exclure le testament; elles entraînaient aussi l'acquisition légale et même forcée de l'hérédité: si bien que cette règle, attestée par Tacite (2) qui qualifie d'*heredes sui* les descendants du chef de famille, et par les textes de l'époque barbare qui formulent expressément le principe de l'acquisition légale (3) et implicitement celui de l'acquisition forcée, pourrait être affirmée en l'absence de tout document, comme une conséquence nécessaire de l'organisation de la famille.

58. On admet donc généralement que l'héritier, en droit

(1) Tacite, Germanie, § 1.

(2) Germanie, § 20.

(3) L. des Alamans. Tit. 92. L. Salique, tit. 60. Ces textes sont de l'époque barbare, mais ils reproduisent vraisemblablement le droit germanique antérieur.

germanique, succédait de plein droit au chef de famille décédé; il est toutefois des auteurs qui comprennent et motivent ce principe d'une façon assez singulière. C'est ainsi que d'après M. Renaud de Berne, la succession immédiate de l'héritier au de cujus s'expliquerait par des considérations relatives au transfert de la saisine ou *gewere*. La solidarité familiale, dit-on, donnait une importance exceptionnelle à la propriété collective de la famille, à l'immeuble qui était le gage du *whergeld*; cet immeuble, qui comprenait la maison d'habitation et le jardin attenant, le chef germain avait l'habitude de l'entourer d'un fossé ou d'une palissade pour le défendre contre les malfaiteurs et les bêtes sauvages: « Ce moyen de défense s'appelait *were* et de là, l'héritage clos prit lui-même, par opposition aux terres communales généralement ouvertes (*allmenden*) le nom de *were* ou *gewere*. L'homme en état de porter les armes, établi avec sa famille sur cet héritage clos, était dit *gewerter*, et enfin, l'on appela *gewere* le fait de se trouver sur l'héritage clos, de l'avoir sous son pouvoir avec tout ce qui se trouvait dessus, ce qui entraînait l'idée du droit et du devoir de le défendre. La *gewere*, en ce sens, c'est en français la saisine (1) ».

Or, étant donné le rôle exceptionnel que le droit pénal de l'époque assignait à l'enclos de la famille, en l'affectant à la garantie du whergeld commun, il fallait à la fois, dans l'intérêt privé et public, une reconnaissance publique de la saisine, de ce droit spécial qui se distingue et de la propriété et de la simple détention matérielle. Là serait l'origine de ces formes solennelles et

(1) Chauffour, d'après Renaud de Berne. — *Revue de législation et de jurisprudence*, 1847, tome II, p. 76.

symboliques, que le droit barbare appliquera au transfert de la propriété, formes suivant lesquelles le possesseur saisi transmettait solennellement la saisine à un autre membre de la nation, devant la commune assemblée et avec l'assentiment des parents. Mais si le *gewerter* venait à décéder, sans avoir transmis la saisine suivant les formes consacrées, « personne n'était là qui fût publiquement reconnu comme le défenseur de la terre et qui pût exercer les droits et les devoirs attachés à sa possession, notamment ceux résultant de la garantie familiale » (1). Et c'est ainsi que dans l'intérêt de la paix publique plus encore que dans un intérêt privé, le droit germanique admit « fictivement » la continuation par l'héritier de la saisine de droit du défunt.

59. Singulier système, et qui méconnaît les principes les plus élémentaires des institutions primitives ! L'enclos de la famille, le *seliland* qui comprend avant tout la *sala* ou maison d'habitation, c'est le foyer domestique, l'*heredium* romain, c'est ce noyau du patrimoine partout inaliénable, parce qu'il subvient aux premiers besoins de la famille, insaisissable pour le même motif, non seulement chez les peuples barbares, mais jusque dans telle législation moderne (2). Et c'est ce bien de famille qui aurait pu être transmis par le chef à « un autre membre de la na-

(1) Chauffour, loc. cit., p. 79-80.

(2) On sait en effet qu'aux États-Unis le *homestead* est insaisissable. En France, M. Léveillé vient de déposer à la Chambre des députés, une proposition de loi tendant à autoriser la création des biens de famille insaisissables. Il est à noter toutefois que dans le projet de M. Léveillé, le bien de famille serait saisissable pour divers motifs, et spécialement « pour le paiement des dettes nées des délits et quasi-délits du propriétaire. »

tion », « avec l'assentiment des parents », et qui aurait été spécialement affecté au whergeld ? On dit communément, il est vrai, que la copropriété de famille reposait sur la solidarité passive des parents, obligés ensemble au paiement du whergeld qui rachetait le délit d'un seul : mais il me paraît difficile d'admettre que la maison d'habitation ait jamais été le gage éventuel du whergeld (1) : j'admettrai même plus volontiers l'affectation au whergeld des biens meubles, qui constituaient la principale richesse des anciens Germains. Ces biens, m'objecterat-on, étaient objets de propriété privée ; mais le droit personnel de chaque guerrier sur ses armes ou ses chevaux ne laissait-il pas place au droit supérieur de la famille, de même que chaque membre de la famille, pour avoir une individualité propre, n'en était pas moins absorbé dans le groupe dont il dépendait ? Remarquons-le d'ailleurs, le whergeld consistait en objets mobiliers ; les lois barbares fixent en sous d'or le tarif des compositions. Quand donc une famille, au lieu de payer le whergeld, rece-

(1) A l'appui de cette hypothèse que l'enclos de la famille ne pouvait être exproprié par un étranger, même en paiement du whergeld on peut encore rappeler l'institution curieuse de la *chrenecruda*, que nous révèle la loi Salique (Tit. LVIII, Ed. Behrend). D'après la loi Salique, le délinquant insolvable, pouvait rejeter sur ses proches le paiement de sa dette : mais en imposant à ses parents cette contribution forcée, il devait leur abandonner sa maison et son enclos (Esmein, *Études sur les contrats dans le très ancien droit*, p. 153). Il semble qu'il eût été plus simple d'autoriser directement la famille offensée à saisir l'enclos du meurtrier. Ce qui explique le procédé de la loi Salique, c'est que l'on avait bien pu admettre que le délinquant se dépouillât au profit de ses proches : le *seliland*, en ce cas, ne sortait pas de la famille ; mais on n'avait pas cru possible de permettre à un étranger de saisir le bien de famille inaliénable.

vait le prix de l'injure qu'elle avait subie, c'étaient des meubles qui lui étaient donnés en paiement, c'étaient des meubles que le chef de famille avait à repartir entre les parents. Le whergeld qui venait accroître ainsi les fortunes privées dans la famille lésée, devait inversement appauvrir le pécule particulier des parents de l'offenseur. Mais à supposer même que le whergeld ait grevé plutôt les biens patrimoniaux, dont l'extension était peut-être considérable au siècle des invasions, j'excepterais encore du gage commun cet enclos sur lequel portait exclusivement, d'après M. Renaud, la garantie collective de la famille. Insaisissable pour le paiement des amendes, la maison d'habitation ceinte de fossés ou de palissades ne devait pas être non plus susceptible d'aliénation volontaire. Les formalités symboliques qui, en droit germanique, consacraient les mutations de la propriété foncière, ne peuvent être antérieures au développement de la propriété collective de la famille : la succession était plus ancienne, l'hérédité ne comprenant à l'origine que les meubles et le foyer domestique (1). D'ailleurs, « la reconnaissance publique de la saisine de l'héritier » n'exigeait nullement qu'il fût suppléé par une fiction à l'impossibilité des cérémonies symboliques par lesquelles un possesseur « ensaisinait » l'acquéreur. Et en effet, tant que la famille a constitué une unité juridique, tant que la terre est demeurée objet de propriété collective, les solennités des mutations de propriété foncière ne se concevaient qu'entre familles ; si la terre reste dans la famille, il n'y a pas de mutation. Et c'est ainsi qu'on a pu dire qu'il n'y avait pas en Germanie d'hérédité à proprement parler, la succession

(1) Laferrière, *Histoire du droit*, t. III, p. 183,

de l'héritier au défunt n'étant pas un fait juridique. Et cette opinion exagérée est cependant assez vraie, si l'on ne voit dans le chef de famille ou dans l'héritier qui vient prendre sa place que le *gewerter*, le représentant de l'immeuble familial. Mais ce point de vue est certainement faux, qui fait de la propriété foncière, longtemps inconnue en Germanie, l'axe de la transmission héréditaire et des principes qui la régissent. Le lien réel, si puissant au moyen âge est peu de chose en droit germanique : tandis que le contrat féodal organise la hiérarchie des terres et en déduit les droits et les devoirs des tenanciers, le *comitatus* des Germains crée un lien purement personnel entre le chef et ses compagnons. Au temps de la Féodalité, tout dépend du droit des biens ; dans la Germanie ancienne, tout découle du droit des personnes. Et c'est ainsi qu'il faut envisager la transmission héréditaire. L'héritier n'est pas l'acquéreur de tels ou tels biens, il est avant tout le continuateur de la personne du défunt. Il vient, au décès du chef de famille, prendre sa place de plein droit, parce qu'il est avant tout l'héritier du *mundium*, et que la transmission du *mundium* n'exige aucune formalité, étant la conséquence immédiate et forcée du lien de parenté. C'est en qualité de *mundoald* que l'héritier prendra en main l'administration de la famille et de son patrimoine, qu'il possédera désormais les biens meubles du défunt, qu'il dirigera l'exploitation des terres patrimoniales et revendiquera sur les terres communales le droit de jouissance de la famille qu'il représente. C'est en qualité de *mundoald* que l'héritier exerce la garantie familiale, qu'il a la *gewere* de patrimoine.

Ainsi la transmission des biens héréditaires est subsidiaire : c'est la succession des personnes qui est le fait

juridique, le principe primordial de la transmission à cause de mort. C'est le titre d'héritier qui est acquis de plein droit, plutôt que l'hérédité elle-même. Ce qui ne veut pas dire qu'il faille aucune formalité pour l'acquisition des biens héréditaires. Le mundoald ne saurait acquérir en effet qu'un droit d'administration et de jouissance sur ces biens, mais ce droit, il l'acquiert *ipso jure*, avec sa qualité même d'héritier. Il a, dès l'instant du décès, un droit transmissible à ses propres héritiers, il n'a aucune formalité à accomplir, aucune intervention à solliciter, pour exercer son droit de jouissance sur les biens héréditaires.

60. Quant à la question de savoir s'il a *de plano* la possession de ces biens, elle est dénuée de sens à cette époque. Si l'on désigne par ce mot de possession la *gewere* ou *saisine*, le droit ou le devoir de protéger le patrimoine et d'en jouir, l'héritier est possesseur de plein droit, il a de plein droit la *gewere*, c'est chose incontestable. Si l'on entend par possession la simple détention matérielle, la *possessio facti* qui à toute époque, nous dit-on, s'est distinguée de la propriété ou des droits analogues tels que la *gewere*, je ne vois pas comment ce simple fait pourrait dépendre du droit. On se demande s'il faut ou non une appréhension pour que l'héritier soit possesseur. Qu'est-ce que cela peut signifier, étant donné qu'il n'y a rien en droit germanique qui rappelle la notion de possession juridique? Que l'héritier avant l'appréhension, soit ou non possesseur, qu'importe : puisqu'il n'a, quelle que soit la solution de ce grave problème, aucun moyen de droit pour appréhender les biens héréditaires, puisqu'il doit les conquérir à main armée, dans les hypothèses pratiquement très rares, où le successeur du mundoald n'est pas nanti

en fait au moment du décès. C'est commettre un véritable anachronisme que transporter dans l'ancien droit Germanique la distinction romaine du possessoire et du pétitoire.

61. L'incertitude, à cette époque lointaine, des notions de propriété et de possession, et d'autre part l'élasticité du terme de saisine, expliquent qu'on ait pu tour à tour démontrer et nier l'origine germanique de la saisine héréditaire. La plupart des interprètes sont partis de ce postulat que la saisine héréditaire est l'acquisition légale de la saisine coutumière ou possession juridique, soigneusement distinguée de la propriété des biens héréditaires. Et alors, dit M. Laurent, la saisine ne saurait venir du droit germanique puisque « dans l'ancien droit germanique, la propriété et la possession se confondaient ; pour mieux dire, la possession n'était pas encore séparée de la propriété (1). » Mais, répliquent les érudits allemands, il y a déjà dans le droit des anciens Germains une institution très voisine de la saisine coutumière : c'est la *gewere* ; « la notion communément attachée au mot de possession prédomine dans la *gewere* (2). » Or la *gewere* est acquise de plein droit à l'héritier : voilà la saisine héréditaire !

On ne saurait trop combattre ce procédé d'argumentation qui consiste à définir à priori une institution moderne et à rechercher ensuite s'il n'y avait rien d'analogue dans telle législation primitive : il est facile, par cette méthode, de découvrir dans l'ancien droit une idée qu'on y a introduite soi-même sans y prendre garde, comme les physiologistes qui prouvaient la génération spontanée par les ger-

(1) Laurent, t. IX, §. 220.

(2) Hensler, cité par M. Le Fort, *Nouv. Rev. hist. du droit franç. et étr.* 1877, p. 345.

mes qu'ils avaient laissé pénétrer dans leur champ d'expériences ; il est facile aussi de démontrer péremptoirement qu'il n'y a pas identité entre la notion primitive et celle dont on a posé la définition.

Nous nous bornerons donc à constater, pour le moment, qu'il y a, en droit germanique, acquisition légale de l'hérédité : c'est-à-dire que l'héritier succède immédiatement aux droits et obligations qui lui sont déférés au décès du chef de famille ou maintenir le texte (1). Telle est l'idée dont nous allons suivre l'évolution à travers les phases successives de notre ancien droit.

(1) Je souscrirai donc aux formules de M. Rigaud : « L'héritier se trouvait immédiatement et *ipso jure* aux lieu et place du défunt. » (*Revue Fœlix*, tome IX, p. 55), ou de M. Kœnigswarter (*Histoire de l'organisation de la famille*, p. 149) : « Il suffit de la mort du parent pour investir ses héritiers de la succession. »

62. En s'établissant en Gaule après la conquête, les tribus germaniques conservèrent leurs institutions nationales ; mais si le principe de la personnalité des lois tendait à sauvegarder l'intégrité des vieilles coutumes, à les garantir de l'influence gallo-romaine, le seul contact d'une civilisation supérieure et la prise de possession sur les vaincus de territoires fertiles, devaient transformer rapidement les mœurs des barbares, et leur inspirer les goûts sédentaires qu'ils avaient ignorés jusque-là. La propriété foncière prit donc un développement rapide chez les conquérants, aux dépens de la propriété collective de la famille ou de la tribu, qui aurait même complètement disparu à l'époque franque, suivant l'opinion d'un savant moderne. « La loi Salique, écrivait M. Fustel de Coulanges, non seulement ne parle jamais de terres de copropriété, mais encore elle montre que chaque jardin, chaque champ de blé, appartient sans partage à quelqu'un ; la prairie même et la forêt ont un propriétaire (1). » Il faut cependant reconnaître qu'il subsiste dans le droit barbare des traces nombreuses de la copropriété de la famille ou même de la tribu. Sans aller jusqu'à soutenir que la *villa*

(1) Fustel de Coulanges. *Nouvelles recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 334.

des Francs Saliens n'est autre que la *mark* germanique (1), le droit de succession réservé aux habitants du village, aux *vicini*, et le droit qu'un texte célèbre leur reconnaît d'interdire à l'étranger l'établissement dans la *villa*, ces prérogatives curieuses dérivent certainement de l'ancienne communauté des terres. Quant à la propriété collective de la famille, elle a marqué d'une empreinte puissante les institutions des lois barbares. Sans doute elle ne s'est pas maintenue dans le sens de la copropriété romaine (*condominium*), « mais en ce sens que chaque membre avait un droit éventuel selon le degré de parenté, droit qui ne pouvait lui être ravi sans son consentement (2) ». « Chez les Burgondes, dit M. Glasson (3), les fils pouvaient, du vivant de leur père, exiger le partage du patrimoine et réduire leur auteur à sa quote part. De même, nous voyons encore dans certaines formules des aliénations d'immeubles qui se font avec le consentement de l'héritier. Ce sont là autant de traces et même d'affirmations de l'ancienne propriété de la famille (4) ».

63. Il n'y a donc pas à s'étonner de voir consacré par les lois barbares le principe d'acquisition légale de l'héré-

(1) Sur cette question, Cf. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. III, ch. VI, § 10.

(2) Koenigswarter, op. cit., p. 149.

(3) *Histoire du droit et des instit. de la France*, t. III, p. 144.

(4) Il subsiste d'ailleurs en plein moyen âge un vestige caractéristique de la copropriété de famille : c'est le retrait lignager, le droit de de préemption ou de retrait des parents sur tout immeuble aliéné. A l'heure actuelle encore, il y aurait en Auvergne, d'après M. Viollet, quelques traces du collectivisme familial (Viollet, *Précis d'histoire du droit*, p. 478). Il en est de même, paraît-il, dans certains cantons de la Vendée.

dité. Le titre XCII de la loi des Alamans en implique la reconnaissance :

« Si quæ mulier quæ hereditatem paternam habet, post nuptam prægnans peperit puerum et in ipsa hora mortua fuerit, et infans vivus remanserit aliquanto spatio, vel unius horæ, ut possit aperire oculos et videre culmen domus et quatuor parietes et postea defunctus fuerit, hereditas materna ad patrem ejus pertineat. »

Ainsi pour acquérir l'hérédité et la transmettre à ses propres héritiers, il suffit d'avoir vécu un instant, *aliquanto spatio*, vel *unius horæ*. Cette règle qui se retrouve d'ailleurs dans les coutumiers allemands, notamment dans le Miroir saxon et le Miroir souabe, est l'opposé de la maxime romaine : *Hereditas non adita non transmittitur*.

La loi Salique et celle des Francs Ripuaires mentionnent aussi la faculté pour l'héritier présomptif, de renoncer à la parenté — *se de parentilla tollere*. — Il semble qu'il y ait là un moyen pratique de refuser à l'avance une succession suspecte : et l'on pourrait en conclure qu'à l'époque franque, il y avait non seulement acquisition légale, mais acquisition forcée de l'hérédité. Cependant il résulte d'un texte de la loi des Ripuaires (tit. LXVII § 1) que l'héritier, autre que les fils et les filles du défunt, qui a appréhendé la succession, ne fût-ce que jusqu'à concurrence d'un sou, est obligé à toutes les dettes. Chez les Ripuaires donc, peut-être aussi chez les Francs Saliens (1), il y avait deux classes d'héritiers : tandis que les fils et filles étaient responsables des engagements du père — et c'étaient eux, sans doute, qui, pour y échapper devaient

(1) Pardessus. *Loi Salique*, p. 722.

briser le lien de parenté lui-même, — les autres héritiers pouvaient s'exonérer des suites fâcheuses de la succession en évitant d'appréhender les biens héréditaires. Mais ils n'en étaient pas moins investis de plein droit de l'hérédité, et leur condition pourrait être surtout assimilée à celle des héritiers nécessaires qui, en droit romain, invoquaient le *jus abstinendi*. Acquisition légale de l'hérédité sauf faculté de renonciation, la même formule s'applique dans l'un et l'autre cas.

64. Acquisition légale de l'hérédité, cela signifie d'abord que l'héritier, pour être titulaire du patrimoine n'a pas à manifester sa volonté d'être héritier, à faire adition. Cela veut dire ensuite qu'il acquiert l'hérédité sans l'accomplissement des cérémonies qui, dans le droit de l'époque, étaient requises pour les mutations de propriété foncière. Là est le point essentiel de la distinction entre la transmission héréditaire et la transmission entre-vifs.

On sait, en effet, que le transport de la propriété foncière, selon le droit de l'époque barbare, ne s'opérait qu'au prix de formalités compliquées. Tandis que les meubles de peu de valeur pouvaient passer de main en main par tradition pure et simple, — aucun texte ne signale ce mode d'acquisition, mais il est imposé par la force même des choses et l'on ne conçoit pas qu'une législation primitive puisse s'en passer (1), — il faut pour l'aliénation des immeubles des formes plus solennelles et plus complexes : elles se résument dans une double opération : dessaisissement de l'aliénateur, investiture de l'acquéreur. A l'origine, on pratiqua peut-être le dessaisissement réel ; le propriétaire du bien aliéné, en présence de l'acquéreur et des

(1) Glasson, *op. cit.*, t. III, p. 134.

boni homines appelés comme témoins, déclarait abdiquer son droit sur l'immeuble et « déguerpissait » effectivement ; mais on renonça de bonne heure à la *werpitio* ou *guerpitio* matérielle, qui entraînait le déplacement d'un grand nombre de personnes. Le dessaisissement se réalisa dès lors par une renonciation solennelle du possesseur, fortifiée d'actes symboliques comme la remise de la *festuca*. L'investiture de l'acquéreur avait lieu suivant les mêmes formes. Un objet de peu de valeur, *ramus*, *herba*, etc., était livré à l'acquéreur comme symbole de la tradition matérielle. Ces formalités assuraient la publicité des mutations : on y procédait parfois en justice ou dans une église (1), mais surtout *in mallo publico*, sous la présidence du comte, qui pouvait intervenir ensuite pour contraindre les parties à l'exécution du contrat (2). Mais ce n'était pas dans un but de publicité que ces formes de transfert étaient exigées : elles reposaient avant tout sur cette idée très simple qu'il n'y a pas transmission de propriété sans prestation réelle ou symbolique, qu'on ne devient vraiment propriétaire d'une chose que du jour où l'on peut exercer son droit de propriété sur cette chose, du jour où l'on a la chose à sa disposition. Subordonner l'acquisition de la propriété à la prise de possession effective, tel est le principe des lois barbares comme du droit ancien de Rome. C'est à ce principe qu'il était dérogé en matière de transmission héréditaire.

Aucun texte, en effet, ne mentionne la nécessité d'une appréhension matérielle pour l'acquisition de l'hérédité et des biens héréditaires : au contraire, certains passages,

(1) Glasson, *op. cit.*, t. III, p. 138.

(2) Beaune. *De la condition des biens*, p. 92.

comme le titre XCII de la loi des Alamans, proclament le successible titulaire du patrimoine dès l'instant du décès. D'ailleurs, que signifierait ici l'appréhension matérielle des biens héréditaires ? Il ne suffit pas de la tradition pure et simple pour consommer le transfert de la propriété des immeubles, il faut une tradition solennelle et symbolique : or l'hérédité est une *universitas juris* qui comprend des immeubles, et s'il fallait appliquer à la transmission héréditaire les règles des mutations entre-vifs, ce sont celles du transfert de la propriété foncière qui s'imposeraient. Est-il donc nécessaire que l'héritier soit solennellement investi? Aucun texte ne l'exige : nous avons pu en signaler au contraire qui supposent l'héritier investi de plein droit.

65. Mais alors, l'acquisition légale de l'hérédité ne repose-t-elle pas sur une investiture fictive ? Ne faudrait-il pas faire remonter à l'époque franque non seulement l'idée, mais la forme du brocard : *Le mort saisit le vif*? Telle paraît être l'opinion de M. Glasson : « Il semble, dit M. Glasson, que déjà dans ces temps reculés, l'héritier est saisi de plein droit de la succession, sans qu'aucun acte d'acceptation soit nécessaire. Il est saisi légalement et possède de plein droit tous les biens du défunt sans qu'aucun acte spécial de possession ou autre lui soit imposé. De là est venu en Allemagne le proverbe : *Der Todt erbt den Lebendigen*, et en France : *le mort saisit le vif* (1). » De même en effet que l'aliénateur d'un bien-fonds mettait l'immeuble à la disposition de l'acquéreur et l'en investissait en présence du comte, de même pouvait-on dire, le de cujus est censé investir l'héritier présomptif au moment du décès, et la loi consacre cette fiction et en garan-

(1) Glasson, *op. cit.*, t. III, p. 176.

tit les suites juridiques. Il me semble inadmissible que les jurisconsultes barbares aient jamais fait ce raisonnement subtil. L'idée d'« ensaisinement fictif » s'harmonise mal avec le matérialisme de l'époque, en outre, elle choque directement le grand principe du droit germanique, que la volonté de l'homme est impuissante à faire un héritier : *Solus Deus heredem facere potest, non homo* (1). La succession héréditaire est un phénomène d'ordre naturel ou surnaturel ; le législateur, quand il édicte le droit des successions, est l'oracle d'une loi supérieure qu'il a seul qualité pour formuler : et c'est par la force de la loi, non par le fait de l'homme, que l'héritier vient prendre la place du défunt et continuer sa personnalité juridique. Plus tard, l'influence féodale viendra pervertir ces idées primitives, affaiblir l'idée de succession personnelle et assimiler la transmission héréditaire à la mutation entre-vifs des immeubles. Mais à l'époque barbare, l'héritier n'est pas encore le nouveau titulaire du fief, il est, comme en Germanie, le parent et le représentant du défunt ; et le lien du sang, le droit de la famille sur les biens patrimoniaux dont le de cujus avait la jouissance, sont des notions encore assez vivaces pour que l'acquisition légale de l'hérédité soit admise sans controverse et justifiée sans fiction juridique.

(1) Je ne prétends pas que les jurisconsultes de l'époque barbare aient jamais senti et dénoncé l'antinomie qui existe, à mon avis, entre l'idée d'ensaisinement fictif et l'axiome *solus Deus heredem facere potest*. Je dis seulement que les traditions germaniques et les tendances plus ou moins conscientes de l'esprit des peuples barbares, conduisaient naturellement au principe d'acquisition légale, sans qu'il fût nécessaire à cette époque, pour faire admettre ce principe, de suivre tout un circuit juridique et de parler d'ensaisinement fictif. Ces procédés d'analyse et ces fictions sont inconnus à pareille époque.

66. D'ailleurs, à supposer que la maxime : « le mort saisit le vif » appartienne au droit de l'époque franque, il faudrait l'interpréter en ce sens que l'investiture exigée alors pour l'acquisition de la propriété foncière, et conférée expressément par l'aliénateur à l'acquéreur, l'est fictivement par le défunt à l'héritier, au cas de transmission héréditaire. En d'autres termes, on n'aurait pas écarté la nécessité d'un mode d'acquisition dans la transmission héréditaire, mais on aurait admis un « mode d'acquisition fictif », ce qui se conçoit à la rigueur, parce que l'investiture matérielle à l'origine, tendait à devenir une opération juridique. Mais on dit souvent que grâce à la fiction de la « saisine », il y a transmission légale de la possession. Il nous est impossible de comprendre ce que l'on entend par ces mots : la transmission légale d'un état de fait. Que l'on parle d'acquisition légale de la possession, si l'on désigne par là la possession juridique, j'y consens ; — seulement, dans ce cas, il est inutile de faire intervenir aucune fiction. Mais si le terme de possession s'applique à la détention matérielle, au fait d'avoir une chose en sa puissance, à la *possessio facti*, quelle fiction de droit peut me donner cette possession, si je ne l'ai pas en fait, si la chose dont je suis « censé » possesseur est aux mains d'un tiers ? Le problème de l'acquisition de la possession se pose en droit romain, parce que la notion de possession juridique y est connue, bien que mal définie. Là au contraire, où l'idée de possession juridique n'existe pas, il est clair qu'on ne saurait avoir la possession d'une chose qu'en l'appréhendant, en dépit de toutes les fictions du monde, et je ne conçois pas qu'on ait pu définir la saisine héréditaire, l'acquisition légale et fictive de la détention des biens héréditaires. En réalité, si

l'on propose sérieusement pareille formule, c'est que l'on confond la détention ou la disposition des biens héréditaires avec le droit d'en disposer *de plano*. Ce droit peut être légalement acquis, mais ce n'est pas le droit de possession, c'est le droit de posséder, *jus possidendi*, qui n'est, en somme, nous l'avons dit, qu'une des faces du droit de propriété. L'héritier, pendant la période franque, peut, sans aucun doute, appréhender immédiatement les biens héréditaires, il peut se mettre en possession sans intervention étrangère puisqu'il est de plein droit titulaire du patrimoine et qu'aucune disposition législative ne vient d'ailleurs réglementer l'exercice de son droit. Mais acquiert-il *ipso jure* la possession héréditaire? Avant de poser cette question, il faudrait prouver d'abord que l'idée de possession juridique s'était déjà fait jour à l'époque franque, ce qui ne semble guère soutenable.

67. On rencontre, il est vrai, dans les lois barbares, et notamment dans la loi Salique, certaines dispositions d'après lesquelles celui qui a détenu une chose pendant l'*an et jour* acquiert sur cette chose un droit définitif. N'y a-t-il pas là une preuve que dès l'époque mérovingienne, la détention matérielle, la *possessio facti* a déjà des effets juridiques? Ne faut-il même pas voir dans cette détention annale l'origine de la saisine coutumière?

Pour réfuter cette thèse, on a dit parfois que le délai d'an et jour n'est mentionné qu'accidentellement dans les lois ou les formules du temps (1). C'est ainsi que la loi Salique consacre le droit pour l'immigrant de rester dans la *villa* lorsqu'il y a séjourné un an et un jour sans aucune

(1) Glasson, *De la possession au moyen âge*. Nouv. Rev. Hist. du dr. fr. et étr. 1890, p. 590.

protestation des *vicini* (1). Si le délai d'an et jour intervient assez souvent dans les textes, ce sont là des solutions particulières qui ne se rattachent à aucun principe général ; notamment elles n'impliquent pas l'idée moderne de possession d'an et jour.

Il n'y a pas à s'arrêter à cette objection ; sans doute les textes de l'époque franque relatifs à la possession des immeubles visent des hypothèses spéciales ; mais n'est-ce pas la méthode suivie aux époques primitives (2)? Les Romains eux-mêmes procédaient par décisions d'espèces. Les lois barbares n'affichent pas davantage la prétention d'être complètes ; elles évitent même systématiquement de régler bien des points, où l'usage conservait force obligatoire (3). Telle disposition de la Loi Salique, qui ne concerne qu'un point particulier, doit être généralisée, parce qu'elle n'était que l'application à une hypothèse délicate d'un principe reconnu par la coutume. C'est ainsi que le délai d'an et jour, auquel la Loi Salique attache un effet spécial dans le titre *de migrantibus*, se retrouve dans toutes les législations d'origine germanique appliqué aux situations les plus diverses, ce qui permet d'affirmer que l'acquisition d'un droit par le maintien d'un état de fait pendant l'an et jour est un principe très ancien et très général du droit germanique. « A partir de la Loi Salique jusqu'en plein moyen âge, dit un jurisconsulte moderne, dans les Gaules, en Allemagne, en Ecosse, en Scandinavie, dans les lois Cambriennes comme dans les lois Lombardes,

(1) Loi Salique, tit. XLV. *De migrantibus.*

(2) Glasson, *La possession au moyen âge*. Nouv. rev. hist. 1890, p. 593.

(3) Alauzet, *Histoire de la possession et des actions possessoires*, p. 20.

le délai d'an et jour, peut-être déjà connu des Celtes, est considéré comme la limite de l'exercice d'une faculté et le point de départ d'une forclusion, soit comme le fondement de l'acquisition d'un droit, d'un héritage (1). » N'est-ce pas dire que là est l'origine de notre prescription acquisitive comme de notre prescription extinctive?

68. Et la détention annale d'un immeuble fonde en effet une véritable prescription; elle procure un droit sur l'immeuble: mais ce droit n'est pas la possession juridique, c'est la propriété elle-même. La propriété foncière à l'époque franque, se prescrit par an et jour. La prescription n'est pas d'abord, comme on l'a prétendu parfois, lincompatible avec les formes du transfert de la propriété chez les Barbares. Sans doute, il n'y a pas lieu à la prescription si le véritable propriétaire de la chose a régulièrement investi l'acquéreur; mais si le possesseur effectif de l'immeuble n'en était pas propriétaire, si, pour un motif quelconque, l'investiture a été irrégulière, ou simplement si le nouveau possesseur s'est directement emparé de l'im-

(1) Beaune, *op. cit.*, p. 99. — Cf. Leges Longob. L. II. tit. XLIII, § 3; — *Leges et consuetudines Burgorum edita p. D. David regem Scotiæ: de terra tenta in pace per annum et diem*; — *Leges Walicæ* t. II, 17, 6. Ed. Wotton, etc. — Il semble même que le droit de copropriété des parents sur les biens de famille, ce droit qui justifiait l'acquisition légale et immédiate de l'hérédité, reposait lui-même sur la copossession pendant le délai d'an et jour. N'est-ce pas ce qui ressort à l'époque franque des formalités de l'affatomie ou adoption *in heredem*? L'adoptant non seulement transmet son patrimoine à l'adopté suivant les formes consacrées, *per festucam*, mais il l'emmène chez lui et le fait vivre au même pot pendant an et jour, comme pour le mettre à tous égards dans la même situation que les héritiers du sang.

meuble qui appartenait à autrui (1), on conçoit que la prescription vienne effacer les vices de cette prise de possession, comme faisait l'usucapion dans l'ancienne Rome. Quant à la brièveté du délai d'an et jour, c'est chose naturelle dans une société où les mœurs étaient encore violentes, et rendaient plus fréquentes les dépossessions à main armée : dans ces conditions, exiger une possession paisible de dix ou vingt ans aurait conduit à rendre impossible en pratique la prescription, dont le rôle est si utile aux époques troublées. D'ailleurs, le délai d'an et jour pour l'acquisition de la propriété foncière découlait des institutions anciennes. En Germanie en effet, sous le régime de la communauté agraire, la durée de l'occupation temporaire du sol par les membres de la tribu était d'une année, ce qui correspondait au cycle complet des cultures et des récoltes. Or, quand l'homme voulut faire du champ qu'il avait cultivé son domaine exclusif et permanent, il exprima son appropriation par une possession continuée au delà d'une année, au delà du terme ordinaire de la détention individuelle (2), d'où le délai d'*an et jour*. Ainsi la possession d'une terre vacante pendant l'an et jour fut le signe de l'appropriation avant de conduire à l'acquisition de la propriété d'un fonds aux dépens du précédent propriétaire. Le droit barbare a conservé le principe du droit germanique, qui subordonnait le droit de l'individu sur un immeuble et sur les produits de cet immeuble à la détention matérielle du sol, il a fondé l'acquisition de la propriété immobilière sur la prise de possession. Mais la prise de possession, pour entraîner

(1) Glasson. *Histoire du droit et des Institutions de la France*, t. III.

(2) Alauzet, *op. cit.*, p. 25.

des conséquences juridiques et conférer au possesseur le droit de propriété, doit intervenir suivant des formes solennelles et symboliques; à défaut de ces formes, elle doit être confirmée par la prescription annale.

69. De ce qui précède, il résulte que la propriété, à l'époque où elle se dégage du simple droit de jouissance sur les biens de la communauté, pourrait être assez bien définie : le droit né de la détention prolongée; définition qui s'appliquerait aussi, au moyen âge, à la possession juridique ou saisine coutumière. C'est ainsi que l'on a pu comparer et assimiler la *gewere*, la propriété primitive et la saisine ou possession juridique. Cette possession juridique, s'il fallait désigner ainsi le droit acquis au détenteur de l'immeuble, l'héritier des lois barbares l'acquerrait de plein droit, puisqu'il acquiert les biens héréditaires sans l'investiture effective du défunt, ni la détention d'un an et jour qui supplée à l'investiture. Mais en disant que l'héritier acquiert *ipso jure* la possession héréditaire, on exprime, sous une forme défectueuse, la même idée qu'en le déclarant titulaire de plein droit du patrimoine. Ce qu'on ne peut dire, au contraire, c'est que l'héritier acquiert immédiatement et simultanément la propriété *et* la possession héréditaires, comme s'il y avait là deux droits distincts. Propriété et possession se confondent dans le droit barbare. Si la *possessio facti* est accompagnée de certaines circonstances légales, elle fonde la propriété, ou, si l'on veut, le droit le plus étendu que l'on puisse avoir sur la chose; si non elle ne crée aucun rapport de droit (1).

La notion de possession juridique naît avec la distinction du pétitoire et du possessoire; elle naît le jour où ce-

(1) Alauzet, *op. cit.*, p. 32.

lui qui a détenu un immeuble dans des conditions données ou succédé au détenteur peut, sans prouver son droit de propriété sur l'immeuble, en réclamer en justice la possession. L'action possessoire permet à celui qui a été dépouillé de la *possessio facti* d'être réintégré dans sa chose, à celui qui n'a jamais eu la détention matérielle d'obtenir un envoi en possession judiciaire. Dans toute législation qui distingue le possessoire du pétitoire, il y a un droit du possesseur ou *jus possessionis*, qui ne se confond pas avec le droit de propriété. Ce droit n'existe pas à l'époque barbare, parce qu'à cette époque, il n'y a pas encore d'actions possessoires, ni rien qui y ressemble. C'est ce que M. Bourbeau a très bien mis en lumière: « Il n'y a pas encore, dit M. Bourbeau, au sujet de la possession annale des formules franques, il n'y a pas encore dans cette prescription abrégée une combinaison donnant à la possession un nouveau rôle et lui permettant d'engendrer ce droit nouveau, inconnu aux législations antérieures, que nous appelons aujourd'hui le droit de possession..... L'annalité de la possession est une condition nouvelle de la prescription, mais elle ne fait pas de la possession un droit *sui generis*, qui soit quelque chose de plus que la détention, quelque chose de moins que le droit de propriété (1) ».

70. Cependant la possession de fait avait, en droit, à cette époque, une importance considérable: puisque, dans la plupart des cas, elle était nécessaire pour conférer le droit de propriété. Aussi y a-t-il dans les monuments de l'époque des termes qui désignent spécialement la détention matérielle, le fait d'avoir une chose en sa puissance. Tel est le sens du mot *vestitura*, dans les lois ou formu-

(1) Boncenne et Bourbeau, *Traité de procédure*, t. VII, nº 277.

les carolingiennes ; ainsi dans un capitulaire de 813 : « Et dixerunt quod aliqui pagenses..... tollant nostram vestituram.... » et dans une autre décision royale de 819 : « Si quis proprium nostrum quod in *vestitura* genitoris fuit..... » Au sens actif *vestitura* est synonyme d'investiture. « Vestitura, dit Ducange (1), hoc ipsum est quod *investitura* ; hoc est in possessionem mittere ; *vestire*, possessionem conferre rei alicujus ; *vestitus* qui de re aliqua investitus est. » De même le terme de *saisina*, qui, en droit féodal, désignera l'ensaisinement, l'envoi en possession, s'applique originairement à la possession elle-même et à la possession matérielle, *possessio facti*. *Saisina* qui se rencontre pour la première fois, dans une charte de 936, sous la forme primitive de *sazina*, indique, comme le mot *vestitura*, l'idée de détention, de pouvoir physique sur la chose. C'est ainsi que dans le droit anglo-normand, l'expression *livery of seisine* traduit fidèlement la *missio in possessionem* du droit romain.

Mais la terminologie de l'époque, il ne faut pas se le dissimuler, est loin d'être précise. Le mot de saisine, à peine introduit dans la langue du droit, ne tarde pas à rendre les notions juridiques les plus diverses ; les jurisconsultes l'emploient presque indifféremment pour désigner non pas la propriété et la possession juridique, ce qui se concevrait encore, mais, à la fois, la possession matérielle et la propriété, le fait et le droit engendré par le fait. Un plaideur réclame la saisine, la possession de la chose, en invoquant sa saisine, son droit de posséder la chose. Nous en avons la preuve dans un curieux chapitre des Assises de Jérusalem : « Force de Turs ne tolt sai-

(1) Ducange, *Glossarium*, V° *Vestitura*.

sine » — et si j'empiète ici sur le droit féodal, c'est pour fixer la terminologie du droit antérieur, ou plutôt montrer combien cette terminologie restait flottante. Voici en effet l'espèce rapportée par Jean d'Ibelin (1). Un immeuble, le Daron, était tombé aux mains des Turcs. Après le décès du propriétaire dépouillé, les Turcs sont chassés du Daron et l'héritier de l'ancien possesseur vient en réclamer la « saisine », « come plus dreit heir aparant de Pierre, qui fut seignor dou Daron et qui derainement en fut saisi et tenant come dou sien, et puis sa mort, nul autre crestien n'en ot saisine ne teneure. » L'héritier demande ainsi à être envoyé en possession ou saisine du Daron, parce qu'il a succédé à Pierre l'ancien titulaire de la saisine de cet immeuble, à Pierre qui avait sur le Daron un droit que force de Turc n'a pu lui ravir, tandis que force de Turc l'avait certainement privé de la détention du Daron.

Le procès rapporté par Jean d'Ibelin, et bien d'autres encore que mentionnent les vieilles chartes pourraient faire croire qu'il y avait déjà dans le droit des Assises et même en France, avant l'époque féodale, de véritables instances possessoires. Le demandeur ne réclame-t-il pas la possession de l'objet litigieux ? Sans doute, mais comme propriétaire et non comme possesseur. « Si l'on désigne parfois déjà sous le nom de complainte l'action du possesseur annal contre les envahisseurs, cette expression générique est, dans ce cas, synonyme de revendication ou d'action pétitoire ; c'est la complainte « en cas de propriété », de nos vieux auteurs (2) ». Le demandeur qui

(1) *Assises de Jérusalem.* — Édit Beugnot, t. I, chap. LXV, p. 107.
(2) Bourbeau, *loc. cit.*, § 277.

exerce pareille complainte invoque le *jus possidendi* qu'il a comme propriétaire, et non le *jus possessionis*. L'héritier peut ainsi réclamer *de plano* la saisine ou détention des biens héréditaires parce qu'il est « saisi » de plein droit de l'hérédité, c'est-à-dire, titulaire du patrimoine *ipso jure*.

71. Nous croyons avoir montré que dans le droit barbare, il n'y a rien de semblable à notre saisine coutumière, parce que la distinction du pétitoire et du possessoire n'est pas encore faite. Mais si la possession de fait ne procure encore aucune action à celui qui en est investi, elle a des effets juridiques puisqu'elle conduit à l'acquisition de la propriété. N'y a-t-il pas, dès lors, à défaut de *possessio ad interdicta*, une *possessio ad usucapionem* ? Non, si l'on entend par là un droit distinct du fait même de la détention. Et en effet, tant que la détention matérielle n'est protégée par aucune action, le détenteur peut bien usucaper en fait, mais il n'a aucun droit à usucaper, aucun droit qu'il puisse transmettre à autrui. Or, à l'époque franque, l'interdit *unde vi*, ou si l'on préfère l'expression de nos coutumes, la réintégrande, est inconnue comme la complainte possessoire. Il faut aller en Normandie ou en Angleterre pour trouver une sorte d'interdit possessoire, action pénale plutôt que civile : la « clameur de haro » ou le *hutesium* (1). En France, le détenteur d'un immeuble n'a aucun moyen de droit pour obtenir la possession qui lui a été enlevée. C'est à main armée qu'il doit la reconquérir. J'en conclus que l'héritier ne saurait acquérir aucune *possessio ad usucapionem*, puisque le défunt lui-même ne pouvait compter ce droit dans

(1) Beaune, *loc. cit.*, p. 100. — Alauzet, *loc. cit.*, p. 56 sqq.

son patrimoine ; la saisine d'un immeuble n'est un droit et n'est transmissible, comme telle, qu'après le délai d'an et jour. Si donc le détenteur vient à décéder avant l'expiration du délai, l'héritier ne saurait invoquer la possession de son auteur à l'encontre du tiers qui s'est emparé de l'immeuble, puisque le défunt lui-même n'aurait eu à sa disposition aucune voie judiciaire ; il ne pourra pas plus que le défunt intenter contre le détenteur actuel la complainte en cas de propriété. L'investiture fictive elle-même, si l'on explique ainsi l'acquisition légale de l'hérédité, ne saurait conférer à l'héritier une propriété que le défunt n'avait pas encore, et dont il n'aurait pu investir régulièrement personne. Comment la saisine légale pourrait-elle avoir plus d'effet que l'ensaisinement effectif ?

Mais je n'écarterais pas à priori la possibilité d'une *accessio possessionum* au profit de l'héritier. Les textes ne fournissent aucun argument à l'appui ou à l'encontre de cette solution : Ce qui n'est pas très surprenant, parce que, grâce au délai rapide de l'usucapion, la question ne devait guère se poser en pratique. Mais si, dans le silence des textes, il n'est permis de rien affirmer sur ce point, la notion de l'*accessio possessionum* n'est nullement incompatible avec les principes de droit de l'époque. Puisqu'en effet l'héritier est avant tout le successeur à la personne du défunt, puisqu'il le remplace à la tête de la famille et du patrimoine, il semble naturel de l'autoriser à continuer la détention des biens que le *de cujus* était en train d'usucaper. Si donc aucun tiers n'y met obstacle en appréhendant les biens héréditaires, — la présence des parents sur les lieux prévenait en fait cet accident — l'héritier achèvera la prescription commencée par le défunt.

72. A l'époque féodale, des principes nouveaux dominent le droit. La personnalité humaine s'est effacée devant la terre. C'est la terre qui est le lien ou, tout au moins, la cause du lien juridique qui unit le seigneur aux vassaux, aux tenanciers et aux serfs. La hiérarchie des personnes repose sur la hiérarchie des immeubles. « Par là même, la propriété foncière a pris une forme nouvelle, appropriée aux besoins sociaux. A la propriété libre et absolue, qui ne s'est conservée qu'à titre d'exception, s'est largement substituée la tenure ; presque tous tiennent la terre de quelqu'un en vertu d'une concession conditionnelle et limitée (1). » Qu'il s'agisse, en effet, de tenures nobles ou roturières, de fiefs ou de censives, l'ancien droit de propriété s'est en quelque sorte dédoublé ; le concessionnaire du fief ou le censitaire a le domaine utile de la chose, tandis que le seigneur de fief ou le censier en a le domaine direct, la « directe ».

73. Sans parler de la redevance annuelle par laquelle le censitaire reconnaissait la « directe » seigneuriale, et des services personnels et spéciaux que le vassal devait à son suzerain, en vertu du contrat d'hommage qui accompagnait la concession du fief, le droit supérieur du seigneur terrien entraîne et justifie ce principe, que nul ne peut de-

(1) Esmein. *Cours Élémentaire d'histoire du droit français*, p. 178.

venir titulaire du fief ni exploiter une censive sans l'investiture du seigneur. En apparence, le transfert des tenures féodales s'opère comme jadis les mutations de propriété foncière. L'ancien possesseur se présente devant le seigneur ou son procureur, ordinairement le bailli ou le prévôt, et il prononce la formule du dessaisissement : « si m'en dessaisis en votre main, et vous requiert que l'acheteur ensaisinez ». Et, en signe de dessaisissement, ajoute le Grand Coutumier, « doit bailler au seigneur un fetu *vel aliud* ». Le seigneur alors ou celui qui le représente confère la saisine à l'acquéreur par cette formule : « Je vous en saisis, sauf tous droits.». Ce cérémonial s'appliquait plus spécialement aux censives ; pour employer l'expression technique de l'époque, c'était celui de « l'ensaisinement ». Les formalités de l'investiture des fiefs étaient un peu plus compliquées, parce qu'elles étaient intimement liées aux rites du contrat d'hommage. Mais d'une façon générale, le droit féodal a conservé dans l'acte de vest et dévest ou *werp*, non seulement le nom de la *werpitio*, mais les formes anciennes suivant lesquelles la mise en possession réelle ou symbolique consommait le transfert de la propriété foncière (1) ; le seigneur semble s'être substitué au comte de la monarchie franque pour présider à l'accomplissement des formalités (2) : c'est le seul changement visible.

74. En réalité, l'analogie des cérémonies extérieures masque une révolution dans les principes ; tandis que les formes germaniques n'avaient d'autre but que de matérialiser les mutations de propriété et d'en confier la garantie à de nombreux témoins, l'investiture féodale est le signe

(1) Glasson, *op. cit.*, t. IV, p. 313. — Beaune, *op. cit.*, p. 96.
(2) Alauzet, *op. cit.*, p. 87.

de la suprématie du seigneur sur le vassal, elle implique la reconnaissance de la directe seigneuriale (1). Le fief et la censive, il ne faut pas l'oublier, furent à l'origine des concessions personnelles; ces tenures, à raison même de leur provenance, ne pouvaient être aliénées par celui qui en avait été investi, et, à la mort du concessionnaire, elles faisaient retour au seigneur. Cependant, pour s'attacher plus étroitement la famille du vassal, le seigneur du fief, à la mort du titulaire, attribuait, en fait, le fief vacant aux descendants du défunt ou à l'un d'eux (2) : peu à peu la coutume consolida la transmission héréditaire des fiefs; « elle donna aux héritiers un droit ferme et légal, qui ne dépendit plus du bon vouloir du seigneur » (3). Il en est ainsi dès le XI^e^ siècle; de même l'ancien principe d'inaliénabilité des fiefs fut peu à peu abandonné; et au XIII^e^ siècle, la coutume dispensait le vassal d'obtenir du seigneur son consentement à l'aliénation. Suivant une évolution parallèle, la censive cessa d'être une tenure viagère et inaliénable. La patrimonialité fut même admise plus facilement en ce qui concerne les tenures roturières, parce que le censitaire n'était pas rattaché au seigneur censier par les liens étroits et personnels qui unissaient le vassal à son suzerain.

Mais la transmissibilité par succession ou contrat entre vifs des fiefs et des censives ne pouvait porter atteinte au domaine éminent que le seigneur conservait toujours sur les terres comprises dans la mouvance de son fief. C'est pourquoi le droit féodal n'admettait pas la mutation directe

(1) ALAUZET, *op. cit.*, p. 88.
(2) ESMEIN, *op. cit.*, p. 195. — GLASSON, *op. cit.*, p. 369.
(3) ESMEIN, *op. cit.*, p. 195.

entre vassaux ou tenanciers. La transmission héréditaire comme la vente ou la donation ne se réalisaient que par la cérémonie du vest et du dévest. « Par le dévest, le vassal perdait son fief qui retournait un instant aux mains du seigneur, par le vest, celui-ci en transmettait lui-même la propriété à l'acquéreur, qui ne pouvait en prendre possession de sa propre autorité et sans offense pour le suzerain (1). » Il ne pouvait y avoir transmission d'héritage noble ni roturier sans « la démission de la possession par l'aliénateur, et l'investiture de l'acquéreur par le seigneur foncier ou ses officiers de justice (2) ». Et l'investiture ou l'ensaisinement n'a plus le même sens que jadis : tandis que le droit barbare avait subordonné le transfert de la propriété à la prise de possession de la chose, à l'entrée en jouissance, maintenant c'est l'intervention du seigneur qui est la condition de l'entrée en jouissance ; jusqu'à l'ensaisinement, l'acquéreur n'a pas le domaine utile, il ne peut s'installer sur l'héritage avant d'être « envoyé en possession ».

75. C'est encore en vertu de son domaine éminent que le seigneur percevait d'importants et multiples droits de mutation. L'ancienne obligation du tenancier de requérir l'intervention ou le consentement du seigneur pour aliéner sa tenure, l'obligation du nouveau titulaire d'obtenir l'investiture, avaient permis au seigneur de battre monnaie avec ses prérogatives. De là divers impôts, prestations pécuniaires exigées à l'occasion de chaque mutation et désignées sous le nom générique de *profits*. C'était, en matière de fiefs, le droit de *relief, rachat, plait* ou

(1) Beaune, *Condition des biens*, p. 96.
(2) Beaune, *loc. cit.*

muance, payé par l'héritier ou donataire du fief, à raison de son investiture. « Par la mort du vassal, dit le Grand Coutumier, le fief chiet et gist par telle manière qu'il ne peult être possédé ne par le seigneur, ne par l'héritier, fors quant il est *relevé* par le seigneur direct, et de ce relief que le seigneur faict à l'héritier en le prenant et laissant en sa foy, il a le droit qui est appelé *relief* que l'on dit aucunes fois *rachat*, qui vault le revenu d'ung an (1)... » Le taux du relief fixé ainsi au XIVe siècle à une année de revenus du fief, avait été, à l'origine, abandonné à la discrétion du seigneur ; il dépendait de son bon plaisir : d'où le nom de *plait* que la coutume du Poitou donnait au droit de relief (2). Au cas de mutation à titre onéreux, le relief n'était pas dû, il était remplacé par le

(1) Grand Coutumier II, 21. — D'après M. Planiol (*Origine romaine de la saisine héréditaire*. Revue critique t. LI, p. 437) le droit de relief ou de rachat ne se rattacherait pas à l'obligation pour l'héritier d'obtenir l'investiture du seigneur, mais à l'institution du bail seigneurial. Le droit de *rachat* serait une sorte d'abonnement payé au seigneur par tout vassal nouveau comme prix de rachat de l'ancien droit de jouissance du baillistre sur les biens du vassal mineur. — Mais si le rachat a pu, en effet, exister corrélativement au bail seigneurial, rien ne prouve qu'il n'ait été aussi, comme l'attestent les chartes et coutumes, le prix de l'investiture consentie au profit de l'héritier. En Bretagne même, où M. Planiol invoque, en faveur de sa thèse, une assise de Jean Ier, Poulain du Parq déclare que « le rachat ailleurs appelé relief est le prix d'une nouvelle investiture. » En outre, le rachat du bail seigneurial, d'après M. Planiol, remonterait seulement à l'année 1275, tandis que le droit de rachat ou relief, pour mutations de fiefs, était déjà perçu au XIe siècle. — Cf. Dufourmantelle, thèse, p. 117-120.

(2) Coutume de Poitou art. 148. Cf. Brodeau sur l'art. 37, Cout. de Paris.

droit de *quint* (et *requint*) — *lods et ventes* en Anjou et Maine. Les lods et ventes étaient généralement perçus pour les ventes et échanges des censives; tandis que la succession aux censives entraînait la perception d'un *droit de saisine*, fixé, le plus souvent, à douze deniers parisis.

Tel était, dans ses grandes lignes, le système suivi à l'époque féodale pour les mutations des tenures nobles ou roturières.

76. Une des conséquences les plus importantes de la révolution féodale, ce fut donc l'application à la transmission héréditaire des règles de l'acquisition entre vifs des immeubles. Tandis que la succession à la terre salique s'opérait jadis sans l'accomplissement des formalités en usage pour les mutations entre vifs, la succession aux tenures féodales exigea l'intervention du seigneur direct; l'héritier, comme l'acquéreur à titre onéreux ou le donataire, dut réclamer l'investiture pour obtenir le fief ou la censive à laquelle il était appelé par la loi successorale.

On a dit cependant que l'héritier, dès l'époque où le droit féodal admit l'hérédité des fiefs et censives, aurait joui de la « saisine héréditaire », en ce sens qu'il aurait été dispensé de toute investiture ou ensaisinement. L'antiquité de la saisine héréditaire ainsi entendue serait attestée par des textes précis de Glanville ; quant aux passages de nos coutumiers qui semblent contraires à cette hypothèse, ils s'expliqueraient par les résistances auxquelles le principe de la saisine s'était heurté en droit féodal (1).

La dispense d'investiture, il faut le reconnaître, semble

(1) Glasson, *op. cit.*, t. IV, p. 369.

incompatible avec les principes essentiels de la féodalité. « A la mort du feudataire, dit M. Beugnot, dans son savant commentaire des Assises, le fief retournait au seigneur, qui le rendait à l'héritier, après avoir reçu, dans un délai fixé, son hommage et son serment de fidélité. Cette règle était la base fondamentale de la féodalité, et pour déterminer si, dans un pays quelconque, ce système politique a subi des atteintes graves, il suffit de rechercher si l'autorité de cette maxime y est ou n'y est pas respectée... » Les chrétiens d'Orient portèrent une atteinte sérieuse au contrat féodal « quand ils admirent la saisine de plein droit en faveur du fils aîné ou de la fille aînée ; car toute saisine de ce genre est exclusive du droit du seigneur (1) ».

Dès lors, il peut paraître téméraire d'affirmer la saisine héréditaire à l'encontre du principe féodal, sur la seule autorité d'un jurisconsulte Anglo-Normand, et quand les textes de notre ancien droit, loin de fortifier cette hypothèse, permettent au contraire de la combattre. « Et si c'est un fief noble, dit le Grand Coutumier, saisine de droit ne aultre n'est acquise sans foy, car le seigneur direct est avant saisy que l'héritier ; mais par faire hommaige et par relief, le seigneur direct doit saisir l'héritier » (2). Et la décision 234 de Jean des Mares : « Mort saisit son hoir vif, combien que particulièrement il y ait coutume locale où il faut nécessairement saisine du Seigneur ». Ainsi, à la fin du XIV^e^ siècle, la nécessité de l'investiture des fiefs nobles subsistait encore, l'ensaisinement même dans telle coutume locale. Comment ne pas voir dans ces règles spé-

(1) Beugnot, *Assises de Jérusalem*, t. I, p. LIX.

(2) Grand Coutumier, l. II, ch. 19, p. 234.

ciales d'anciens vestiges du principe féodal, suivant lequel tout héritier doit se faire investir ou ensaisiner par son seigneur ?

77. On ne saurait contester d'ailleurs qu'à l'origine de la féodalité, avant l'admission de la patrimonialité des fiefs et censives, l'héritier de l'ancien titulaire n'avait aucun droit immédiat à recueillir la tenure vacante ; en fait seulement et moyennant paiement d'une redevance, le seigneur disposait de l'immeuble au profit de celui qui suivant la loi successorale du droit antérieur, aurait été l'héritier du défunt : il est évident qu'à cette époque l'investiture ou l'ensaisinement était la condition *sine qua non* de l'acquisition à cause de mort. La coutume féodale, en consacrant l'hérédité des fiefs, c'est-à-dire le droit pour l'héritier du feudataire de requérir et d'exiger l'investiture du seigneur direct, n'abrogea certainement pas le principe fondamental suivant lequel, au cas de transmission héréditaire comme d'aliénation entre vifs, il n'y a mutation dans la mouvance du fief que par l'intermédiaire du seigneur. Le nouveau titulaire d'une tenure féodale, qu'il y ait droit par succession ou vente, n'acquiert le domaine utile de la tenure qu'en vertu d'une concession nouvelle du seigneur direct, à qui le domaine utile a fait momentanément retour. Il n'y a donc pas de mutation foncière sans dessaisissement aux mains du seigneur, et investiture conférée par lui. Le dessaisissement effectif dans les aliénations entre vifs, dans la cérémonie du vest et dévest, était fictif au cas de transmission héréditaire : le défunt était censé s'être dessaisi aux mains du seigneur direct, qui investissait ou ensaisinait l'héritier. Grâce à cette fiction l'aliénation entre vifs et la transmission héréditaire des tenures féodales se réalisaient suivant le même mécanisme,

et cette assimilation se conçoit en droit féodal, puisque les formalités d'ensaisinement avaient pour raison d'être, nous le savons, la reconnaïssance du domaine éminent du seigneur, principe supérieur, d'ordre public et même politique, devant lequel l'héritier devait s'incliner comme l'acquéreur. L'héritier devait donc demander au seigneur le renouvellement de la concession jadis faite au défunt, et acquitter, à cette occasion, les droits de relief ou de saisine. Ces droits qui, comme le dit très bien M. Glasson (1), représentaient pour le seigneur la rémunération de l'investiture ou de l'ensaisinement qu'il consentait au profit du tenancier, auraient dû disparaître, d'après lui, une fois admise l'hérédité des fiefs et censives. Or, ils se maintinrent longtemps encore, provoquant les protestations des légistes, et peut-être même le brocard : « Le mort saisit le vif ». Sans doute il arrive que « dans les institutions juridiques, un effet survit à la cause qui l'a fait naître (2) »; les droits de relief et de saisine auraient survécu ainsi au régime des tenures viagères. Mais si ces droits ne sont pas nécessairement corrélatifs à la formalité de l'investiture ou de l'ensaisinement, — et ce qui le prouve, c'est qu'au XIII^e^ siècle et XIV^e^ siècle, ils continuaient à être exigés de certains héritiers saisis, il peut paraître exagéré de soutenir qu'en bonne logique ils auraient dû disparaître avec l'admission du principe d'hérédité. Si ce principe a atténué le droit jusque là absolu du seigneur sur la tenure vacante, pouvait-il anéantir brusquement ce droit, en supprimant toute intervention du seigneur dans la transmission héréditaire et tous profits perçus à cette occasion? Il semble plus vrai-

(1) GLASSON, op. cit., t. IV, p. 369.

(2) GLASSON, t. IV, p. 370.

semblable de conjecturer, et les textes nous y autorisent, que la directe seigneuriale n'a pu être entamée que par une évolution lente ; l'hérédité des fiefs, la saisine héréditaire, la suppression complète des droits de rachat ou saisine, marquent les phrases de cette évolution.

78. Il y eut donc une époque ou l'héritier d'un fief ou d'une censive n'en était saisi que par l'intervention du seigneur ; mais comment faut-il entendre cette « saisine » ? Faut-il dire que la formalité de l'investiture ou de l'ensaisinement est la condition de l'entrée en jouissance de l'héritier, mais ne lui fait acquérir aucun droit nouveau ? C'est ce qu'implique cette formule encore assez fréquente, d'après laquelle l'héritier, sous le régime féodal, ne devient « possesseur » des immeubles héréditaires que par ensaisinement ou investiture. Formule vicieuse à notre avis, puisqu'elle semble viser la distinction du pétitoire et du possessoire, que le droit féodal ignorait comme le droit antérieur, et renouvelle la vieille confusion du *jus possessionis* et du *jus possidendi*. L'héritier en effet, ne peut avant l'investiture appréhender les biens héréditaires de sa propre autorité : mais, s'il n'a pas cette prérogative du propriétaire, ce n'est pas seulement parce que le droit féodal lui refuse le titre de possesseur, c'est parce qu'il ne lui concède la propriété même des terres vacantes qu'au prix d'une investiture en formes. A vrai dire, il n'y a à cette époque ni propriété ni possession, il y a un domaine direct et un domaine utile ; le domaine direct appartient au seigneur ; quant au domaine utile, qu'il est bien difficile de distinguer de la disposition et jouissance de l'immeuble, il fait l'objet de l'ensaisinement, et c'est en prenant possession de l'immeuble, que l'héritier ensaisiné ou investi en acquiert le domaine utile. On ne conçoit pas quel droit

l'héritier pourrait avoir sur l'immeuble, tant que la saisine ne lui en a pas été régulièrement conférée.

Que l'héritier n'ait pas le domaine utile de l'immeuble avant la formalité de l'investiture, c'est ce qui résulte des textes de l'époque : ici encore, nous citerons le Grand Coutumier, puisqu'il maintient les règles anciennes pour la transmission des fiefs nobles : « ... Le seigneur direct doit saisir l'héritier ; et la raison si est, car le seigneur féodal à la seigneurie directe à laquelle la prouffitable est adoncques conjoincte et annexée par la mort du vassal (1). » Le Grand Coutumier ajoute il est vrai : « et semble encores selon la commune oppinion, que, à plus proprement parler l'on peult dire que par la mort du vassal le fief chiet et gist par telle manière qu'il ne peult être possédé ne par le seigneur ne par l'héritier fors quant il est relevé par le seigneur direct (2)... » Mais que le domaine utile, la « prouffitable » suivant l'expression du texte, soit momentanément réuni à la directe ou reste jacent jusqu'au « relief » fait par le seigneur, il suit de ces deux passages que dans l'intervalle du décès à l'entrée en jouissance, l'hériter n'a pas le domaine utile du fief. Et cette règle, à l'origine, s'appliquait indistinctement aux fiefs nobles et aux tenures roturières.

79. Mais si l'héritier, à l'époque féodale, n'acquérait les immeubles héréditaires que par les formalités de l'investiture ou de l'ensaisinement, il semble bien qu'il était toujours héritier de plein droit. S'il n'avait, dès l'instant du décès, aucun *jus in re* sur les tenures féodales comprises dans le patrimoine du défunt, il pouvait avoir un

(1) *Grand Coutumier*, L. II, 19, p. 234.

(2) *Grand Coutumier, loc. cit.*

jus ad rem, en ce sens qu'il était en droit d'aller trouver le seigneur et de requérir l'investiture des biens auxquels l'appelait la loi successorale. Sans doute, à l'occasion de l'investiture, le seigneur pouvait contester la qualité d'héritier du vassal, et celui-ci devait alors prouver sa qualité (1). Mais l'investiture n'était pas attributive de cette qualité. De plein droit l'héritier du vassal venait le remplacer, puisque le seul fait du décès lui conférait des droits et des obligations. Dans les quarante jours du décès, il devait à peine de commise se présenter devant le seigneur pour renouveler le contrat de foi et hommage (2), et si le seigneur refusait de recevoir l'hommage de l'héritier, celui-ci, après avoir renouvelé ses offres à plusieurs reprises et en vain, pouvait l'actionner devant la cour du suzerain (3). Cela seul permet d'affirmer, à notre avis, que si l'héritier n'acquiert les biens héréditaires, en droit féodal, que par ensaisinement ou investiture, il est cependant héritier de plein droit.

80. Si cette idée ne se dégage pas très nettement des textes de l'époque, c'est que les principes de la féodalité avaient bien affaibli la notion de succession personnelle. L'héritier était-il toujours le représentant du défunt ? Peut-être bien. En tout cas, l'idée restait dans l'ombre et elle n'entraînait guère de conséquences juridiques. Si l'obligation de renouveler l'hommage dans un délai donné, et le droit de réclamer l'investiture ou l'ensaisinement des héritages tenus par le défunt, semblent encore en découler,

(1) Livre de Justice et Plet, p. 255.

(2) Desmares, Décisions 193 et 286. — *Grand Coutumier*. L. II, chap. 25, p. 279.

(3) Glasson, *op. cit.*, t. IV, p. 305.

il faut reconnaître qu'à cette époque l'héritier est moins le continuateur de la personne du défunt que le nouveau titulaire de tel ou tel immeuble. Il n'y a pas de transmission universelle à proprement parler, la loi successorale règle la dévolution héréditaire des biens considérés *ut singuli*. Dès lors, le problème de l'acquisition de l'hérédité se transforme et se pose en ces termes : quelles sont les règles de l'acquisition des biens héréditaires ? Or, il est incontestable que l'investiture est requise pour les tenures féodales, c'est-à-dire pour les immeubles soumis au droit commun ; et la tendance féodale avait été si forte qu'elle avait fait étendre la même disposition aux alleuds qui subsistaient encore par places, et même aux meubles, qui étaient cependant en dehors de la hiérarchie terrienne. Si bien qu'en définitive, aucun bien n'échappait à cette règle commune que l'héritier doit être ensaisiné par le seigneur, et qu'il ne restait plus rien, en pratique, de l'ancienne distinction entre les mutations entre-vifs et la transmission héréditaire.

Il appartenait aux légistes de restaurer les principes qu'avait ébranlés le système féodal.

§ 1er. — De la maxime : le mort saisit le vif.

81. On a beaucoup écrit sur la date, sur l'origine et sur le sens de cette maxime fameuse : « Le mort saisit le vif. » Ce qu'il faut reconnaître d'abord, c'est qu'elle revient déjà fréquemment dans les Coutumiers du XIIIe siècle. On la rencontre dans le Conseil de Pierre de Fontaines : « Li plus procheins est en saisine de l'éritage au mort. » Et dans le même ouvrage : « De toz les biens au mort sont li hoir mis en saisine. » Les Établissements de Saint-Louis mentionnent la même règle : « Li usages de Paris et d'Orléans, si est que le mort sesit le vif (1) ». On lit enfin dans un arrêt du Parlement de 1259, rapporté dans les Olim : « .... *cum per consuetudinem terræ mortuus debebat vivum saisire* ». Ainsi, au milieu du XIIIe siècle, la coutume est fixée, elle admet sans hésiter la « saisine héréditaire » ; rien dans les textes que nous venons de citer ne marque même que cette règle soit d'origine récente, et dès le XIIe siècle, en effet, on la trouverait formulée dans l'ancienne coutume de Lorris-Montargis (2). On peut donc affirmer que la maxime : « le mort saisit le vif », si elle n'est pas antérieure au droit féodal, a du moins

(1) *Établissements de saint Louis*, L. II, ch. IV.

(2) Coutume de Lorris-Montargis, XII, 6.

fait son apparition en pleine féodalité ; et s'il est vrai qu'elle remonte au XII^e^ siècle et se soit généralisée au début du XIII^e^, il semble difficile de lui assigner comme on l'a fait parfois, une origine romaine, puisque l'influence romaine ne s'est guère exercée en France avant le règne de Saint Louis.

Et l'ancienneté de la maxime est encore un argument bien grave contre le système suivant lequel la saisine aurait été seulement donnée à l'héritier pour lui permettre d'agir au possessoire contre les détenteurs des biens héréditaires, la saisine héréditaire devant être alors définie l'acquisition légale de la possession juridique ou saisine coutumière (1). La saisine coutumière, en effet, ne remonte elle-même qu'au XIII^e^ siècle, elle est postérieure à la saisine héréditaire. Mais la notion nouvelle de saisine coutumière n'a pas été sans influence sur l'interprétation de la règle : « Le mort saisit le vif ». C'est ce que j'aurai à montrer plus loin.

82. D'après une opinion assez répandue, la saisine héréditaire, aurait été, dans le principe, une arme de guerre dirigée contre la fiscalité féodale. Laurière, dans son commentaire de Loysel, assigne cette origine au vieux brocard : « Anciennement, lorsque les saisines et désaisines, le vest et le dévest étaient pratiqués à la rigueur dans plusieurs de nos coutumes, toute personne qui mourait était censée se dessaisir de ses biens entre les mains de son seigneur. En sorte que les héritiers étaient obligés de reprendre ces biens du seigneur en lui faisant foi et hommage, et lui payant le relief, si c'étaient des fiefs, ou en lui

(1) THIERCELIN, *De la saisine coutumière* et *de la saisine héréditaire*, dans la *Revue critique*, t. 37 et 38.

payant des droits de saisine, si c'étaient des héritages en roture. Mais comme ce droit était odieux, on introduisit que toute personne décédée serait réputée avoir remis en mourant la possession de ses biens entre les mains de son plus proche parent habile à lui succéder, et non entre les mains d'aucune autre personne, parce que parmi nous : Institution d'héritier n'a point de lieu. Et de là est venue notre règle : Le mort saisit le vif. » (1)

De ce passage de Laurière, je retiens avant tout cette idée, que par l'effet de la règle « le mort saisit le vif », les héritiers furent dispensés de requérir l'investiture ou ensaisinement féodal. La saisine héréditaire, c'est la dispense d'investiture, c'est, comme j'espère le démontrer, l'acquisition légale de l'hérédité. Quant au motif qui, d'après Laurière, aurait provoqué la réaction anti-féodale, il est facile d'en contester la valeur. Que la dispense des droits de relief et de saisine ait été le but poursuivi par les légistes, c'est chose assez vraisemblable, mais ce but, les légistes n'ont pu le proclamer ouvertement, et pour faire admettre, en pleine féodalité, une fiction de nature à porter une atteinte aussi grave aux prérogatives des seigneurs, ils devaient, au moins, alléguer quelque considération de droit et s'appuyer sur des traditions plus ou moins vivaces. En outre, on a fait remarquer que si le seul intérêt de la saisine héréditaire avait été la dispense des droits de mutation perçus à l'occasion de l'investiture ou de l'ensaisinement, il devrait y avoir concordance exacte, dans nos anciennes coutumes, entre l'admission de la saisine et la suppression des profits féodaux (2). Or,

(1) De Laurière sur Loysel, L. II, tit. XV, règle 1.

(2) Planiol. *Origine romaine de la saisine héréditaire.* Revue critique, t. II, 43 7.

il n'en est rien. C'est ainsi que d'après l'art. 33 de la coutume de Paris : « En toutes mutations de fief, est dû droit de rachat ou de relief, fors et excepté... pour celles qui se font par succession ou par donation en ligne directe, rien n'est dû. » Or, d'après l'article 318 de la même coutume, tous les héritiers légitimes avaient la saisine, en ligne collatérale comme en ligne directe. En Bretagne au contraire, la nouvelle coutume n'accordait la saisine qu'aux héritiers en ligne directe. Mais les descendants saisis comme les collatéraux non saisis devaient le relief (art. 67, 70,71). Peut-on soutenir dès lors que la saisine n'ait été introduite que pour dispenser certaines classes d'héritiers du relief et autres droits analogues ?

83. La maxime « le mort saisit le vif » n'a donc pas été forgée de toutes pièces par les légistes, pour entamer les profits féodaux. Mais il ne faut pas en conclure, à notre avis, qu'elle n'ait pas été dirigée contre le droit féodal. Nous croyons au contraire que la règle « le mort saisit le vif », est à l'origine une protestation contre la nécessité de l'investiture ; elle marque le retour aux idées anciennes suivant lesquelles l'hérédité doit être acquise de plein droit à l'héritier du sang ; elle est le produit spontané de la coutume et non l'œuvre savante et calculée des légistes.

« Le mort saisit le vif », cela signifie que l'héritier est dispensé de réclamer devant la cour seigneuriale l'investiture ou l'ensaisinement pour acquérir les biens héréditaires et entrer en jouissance de ces biens. « La coutume qui dit *Le mort saisit le vif* est à entendre..... par la manière qui s'ensuyt. C'est assavoir que si notoirement il appert de la ligne et du lignaige, le successeur en est tout saisi de droit ainsi comme dit est, et ne lui est nécessaire de aller ne au seigneur, ne au juge, ne à aucun aultre,

mais de son autorité se peult de fait ensaisiner (1)..... » Le Grand Coutumier a conservé ainsi la trace de la notion primitive de la saisine héréditaire, bien qu'à cette époque l'influence romaine ait détourné la maxime de son sens originaire. Beaumanoir s'exprime en ces termes : « L'héritier..... peut entrer en la coze dont droit ou coutume li donne la sésine, sans parler au seigneur (2). » Et c'est le même sens qui se dégage de la décision 234 de Des Mares. On sait que, dans le royaume de Jérusalem, la saisine du fils et de la fille avait été admise même pour les fiefs nobles. Cette saisine, c'est encore la dispense de l'investiture, comme l'atteste la rubrique du chapitre CLI du Livre de Jean d'Ibelin : « Coment et por quei le fiz ou la fille *se peult metre de s'auctorité el fié* qui li est eschu de son père ou de sa mère. » Et j'ajoute que d'après le texte des Assises, il semble y avoir coïncidence absolue entre l'idée de dispense d'investiture et la notion d'acquisition légale. Le fils ou la fille « se peult metre de s'auctorité el fié » (c'est la dispense d'investiture) « por ce que il est assise ou usage en cest reiaume que le fiz ou la fille demore en la saisine et en la teneure de ce de quei leur père ou leur mère muert saisi et tenant come dou sien. » Etre en la saisine ou tenure d'une chose, dans le style des Assises, cela signifie en avoir la propriété, et la phrase que nous venons de citer implique la transmission légale et immédiate de la propriété des biens héréditaires.

84. C'est que le principe d'acquisition légale était seul conforme aux idées courantes des peuples d'origine germanique. Un instant éclipsé en France par le formalisme

(1) *Grand Coutumier*, L. II, 19, p. 234.

(2) Coutumes de Beauvoisis, VI, 4.

féodal, il devait être de nouveau proclamé, tôt ou tard, par la force même des choses, et régir, comme jadis, la transmission héréditaire. La féodalité avait pu assimiler la succession aux mutations entre vifs, affaiblir momentanément l'idée de succession à la personne ; elle n'avait certainement pas détruit, elle avait même accentué, à certains égards, par ses tendances aristocratiques, l'antique puissance du lien de famille, l'incomparable force de la parenté. Voilà pourquoi la transmission héréditaire ne pouvait rester longtemps confondue avec la vente ou l'échange d'un immeuble. La saisine héréditaire, on l'a remarqué, se retrouve chez tous les peuples de l'Europe : cette universalité même d'une institution qui, d'après tant d'auteurs, reposerait sur une fiction juridique, n'est-elle pas un grand témoignage en faveur de cette idée que la saisine est l'expression d'un principe très général, d'un principe dicté par le droit naturel, disait Toullier, et qui semble, en effet, emprunté au fond commun des idées humaines ? La continuation juridique de la personne du défunt par l'héritier, voilà le principe de la saisine ; c'est là un fait primordial, qui se réalise par la force de la loi, et entraîne l'acquisition légale de l'hérédité. L'ancien droit avait exprimé la même idée, en formulant l'adage : *Deus solus heredes facit* (1). Si la transmission héréditaire est un phénomène d'ordre supérieur, il devait paraître choquant qu'il fût subordonné à l'intervention d'une autorité quelconque, à l'accomplissement de formalités comme celle de l'investiture. La Coutume de Paris accordait la saisine aux héritiers du sang, elle la refusait aux léga-

(1) Cette formule de Glanville était couramment reçue dans la France coutumière comme en Angleterre.

taires universels : cette distinction se justifierait-elle, si la saisine n'avait eu pour but, comme on le dit si souvent, que de trancher une question de possession, de donner à certains héritiers l'exercice immédiat des actions possessoires ? La Coutume refusait la saisine aux légataires, elle l'accordait aux parents, parce qu'il était conforme aux idées de l'époque, et, dans une certaine mesure, aux tendances naturelles de l'homme, de reconnaître *de plano* aux parents du mort cette qualité d'héritiers qui est intimement liée à la parenté même, tandis qu'il n'était pas admis, en droit coutumier, que la volonté de l'homme pût conférer seule le même titre.

J'estime donc que si la maxime « le mort saisit le vif » à pu prévaloir dès le XIII^e^ et même dès le XII^e^ siècle contre la féodalité encore puissante, c'est qu'elle exprimait sous une forme nouvelle le principe du droit germanique et barbare : acquisition légale de l'hérédité. Mais pour triompher des règles féodales, la coutume emprunta leur langage et c'est ce qui explique la formule « le mort saisit le vif » qui, au premier abord ne s'harmonise pas très bien avec l'idée que la transmission héréditaire n'est pas le fait de l'homme, que l'héritier tient son droit de la loi et non du défunt (1). La nécessité de l'investiture choquait les

(1) Malgré la formule de la maxime : *Le mort saisit le vif*, formule qui, comme je le dis au texte, fut inspirée par les circonstances, je ne crains pas de parler de l'acquisition *légale* de l'hérédité, puisqu'en somme la saisine héréditaire ne dépend en rien de la volonté du défunt ; l'héritier est saisi par la seule force de la maxime coutumière, alors même que le défunt n'aurait pas eu en fait et même n'aurait pu avoir la volonté de saisir l'héritier, étant insensé (Cf. DUFOURMANTELLE, Thèse p. 131), alors même qu'il aurait manifesté une volonté contraire (Coutume de Poitou, art. 273).

tendances germaniques de notre ancienne France. « Faire retourner un bien au seigneur après la mort du vassal, c'était créer un héritier à l'encontre des lois de la nature et des volontés divines ; le bien devrait naturellement revenir à l'héritier institué par le sang, sans passer par les mains du seigneur (1) ». Logiquement donc, il fallait proclamer l'acquisition légale de l'hérédité, faire de la succession un mode d'acquérir. Mais le procédé aurait été brutal et aurait probablement échoué. Il parut plus habile, pour faire échec à la règle féodale, de la reconnaître et de la tourner : ainsi le but pratique était atteint, et c'est le but pratique qui devait préoccuper avant tout les adversaires du régime féodal ; il fallait écarter l'investiture parce que c'était une formalité gênante. On maintint donc, en principe, le mécanisme féodal de la transmission héréditaire. Le droit féodal exigeait une investiture, la coutume conserverait l'investiture ; mais à l'investiture effective du seigneur on substitua l'investiture fictive du défunt. Le défunt, d'après le droit féodal, était censé s'être dessaisi aux mains du seigneur direct ; désormais, il fut censé s'être dessaisi aux mains de l'hoir plus proche ; et c'est pour justifier cette fiction nouvelle que l'on invoqua sans doute les grands principes, les liens du sang, la puissance même de la succession qui confère de plein droit une saisine immédiate (2).

85. La maxime coutumière ne triompha d'ailleurs que progressivement du système féodal ; le seigneur direct, en effet, abandonna ses prérogatives sur les tenures roturières, avant de céder celles qu'il avait sur les fiefs nobles :

(1) Dufourmantelle, Thèse, p. 123.

(2) Rigaud, *op. cit.*, Revue Fœlix, 1842, t. IX, p. 61.

voilà pourquoi l'investiture *stricto sensu* est encore en vigueur au XIV^e^ siècle, tandis que la formalité de l'ensaisinement a disparu. De même le seigneur devait plus facilement renoncer au privilège d'investiture qu'aux profits féodaux : ce qui explique l'obligation au relief de tels héritiers saisis, les collatéraux d'après la coutume de Paris, et en Bretagne les héritiers en ligne directe. Les coutumes les plus libérales n'exemptaient du droit de rachat que les frères et sœurs parmi les collatéraux (1), tandis que les droits de saisine, pour les censives, ne subsistaient qu'à titre exceptionnel.

En somme, il nous paraît incontestable que la maxime : « le mort saisit le vif », fut dirigée contre la féodalité. Son effet principal, à l'origine, fut de dispenser l'héritier de l'ensaisinement et, un peu plus tard, de l'investiture féodale. Par contre coup, et non sans résistances de la part des seigneurs, la maxime coutumière conduisit à restreindre les profits féodaux, sans jamais les abolir complètement. Si la saisine héréditaire l'emporta dès le XII^e^ siècle sur les règles du droit féodal, c'est qu'elle s'appuyait sur les traditions, c'est que l'adage « le mort saisit le vif » était la formule nouvelle et accidentelle d'un principe primordial, de ce principe que l'héritier du sang continue de plein droit la personne du défunt : principe antérieur aux lois fiscales et à la féodalité, puisqu'il régissait déjà la transmission héréditaire dans les forêts de la Germanie. Etant donnée la forme que le principe d'acquisition légale revêtit en droit coutumier, nous sommes autorisés à définir la saisine héréditaire : *l'investiture légale de l'hérédité.*

(1) Coutume de Tours, tit. XV, art. 133.

§ 2. — De la saisine coutumière ou possession juridique et de son influence sur le sens de la maxime : « le mort saisit le vif. »

86. Cependant une idée nouvelle apparaît au XIII^e^ siècle en droit coutumier : l'idée de possession juridique.

Nous savons que dès l'époque franque, la possession d'an et jour jouait un rôle juridique : elle conduisait à la prescription. Mais le principe même de la prescription était incompatible avec le droit féodal. « Cette manière d'acquérir, a dit Merlin, ne pouvait s'appliquer à des propriétés telles qu'étaient les fiefs à l'origine. » Et en effet, la détention, même indéfiniment prolongée, d'un immeuble, ne pouvait conférer à l'occupant un droit analogue à celui que le vassal tenait de la concession du seigneur ou de l'investiture qui renouvelait la concession primitive : comment la prescription aurait-elle suppléé aux formes du contrat féodal, sur lequel reposait la hiérarchie des terres, et tout l'édifice politique de l'époque ? Impuissante en l'absence de toute investiture, la prescription n'était même pas confirmative de l'investiture. L'investiture, on le sait, ne donnait pas nécessairement au nouveau titulaire un droit définitif : « Je vous en saisis, sauf tous droits », telle en était la formule. Eh bien, la prescription n'intervenait même pas pour consolider le droit de l'acquéreur indûment investi, et forclore les anciens concessionnaires de leur action : car si l'investiture primitive n'avait pu être effacée par une investiture conférée dans la suite à un nouveau vassal, ce n'était pas la jouissance prolongée de ce dernier qui pouvait en détruire les effets. Aussi, dans les Assises de Jérusalem, la longueur de la possession n'est jamais invoquée pour établir la propriété des terres

tenues en fief. La preuve par les armes, simple et péremptoire, tranchait les contestations (1).

87. Mais si l'imprescriptibilité était généralement acceptée en droit féodal, les bourgeois faisaient inscrire dans leurs chartes l'ancien principe de la prescription annale. La prescription du droit germanique s'était conservée même en terre sainte, suivant le témoignage de Jean d'Ibelin : « Et se il aviens que la carelle soit de l'héritage dedenz ville close ou desclose, le fuiant peut répondre en tele manière : que il a celui héritage eu et tenu quitement et en pais an et jor et plus..... (2) » Et la prescription annale est mentionnée en France dans la plupart des chartes du XII^e^ siècle (3). D'ailleurs la possession d'an et jour faisait acquérir, comme jadis, la propriété, et non le droit spécial de possession. Si les bourgeois consignent avec soin dans les chartes l'acquisition par détention d'an et jour, ce n'est pas pour consacrer législativement une institution nouvelle, c'est pour maintenir contre les seigneurs, parmi leurs privilèges et franchises, le principe anti-féodal de la prescription.

Quant au délai de la prescription, si le délai d'an et jour est encore le plus fréquent au XII^e^ siècle, il n'est pas universellement suivi. Dès l'époque barbare, il ne faut pas l'oublier, on rencontre dans les capitulaires et les formules la prescription de dix à vingt ans et même la prescription trentenaire du droit romain. Ces longues prescriptions s'étaient maintenues parallèlement à la prescrip-

(1) Alauzet, *op. cit.*, p. 40.

(2) Assises de Jérusalem, tome I, chap. XXXVIII, p. 63.

(3) Chartes de Noyon 1181, Chaumont 1182, Roye 1183, Pontoise 1188, St-Quentin 1195, etc.

tion annale, elles s'appliquaient aux Gallo-Romains ou aux indigènes vivant sous la loi romaine (1). De même au XII^e^ siècle, l'ancien coutumier d'Artois atteste l'antagonisme de la prescription romaine et de la prescription germanique ; la propriété se prescrit d'après la *coutume* par l'an et jour seulement, tandis que d'après le *droit écrit*, il faut dix et vingt ans (2).

Or, du XII^e^ au XIII^e^ siècle, il y a un mouvement très accentué en faveur de la prescription romaine ; mouvement favorisé par l'Église, qui combattait le délai trop court du droit barbare, à la fois pour se défendre contre les usurpations de ses voisins et pour mettre fin aux spoliations légales qu'entraînait trop souvent la prescription par an et jour. Dès la fin du XII^e^ siècle, la charte communale d'Amiens adoptait la prescription de sept ans ; et au XIII^e^ siècle, l'influence romaine généralise en pays de coutumes les délais de dix, vingt et trente ans.

88. Mais l'ancienne idée suivant laquelle la détention d'an et jour fait acquérir un droit au détenteur restait encore vivace. En même temps, la règle féodale qui exigeait l'intervention de la justice seigneuriale pour l'acquisition de la propriété s'affaiblissait ; elle tendait surtout à disparaître pour les tenures roturières (3). Voilà comment se réalise au XIII^e^ siècle une double innovation juridique ; d'une part, la prescription redevient un mode normal d'acquisition de la propriété, d'autre part, la détention d'an et jour fait acquérir au détenteur un droit nouveau, la saisine coutumière ou possession juridique (4).

(1) BEAUNE, *op. cit.*, p. 106.

(2) BEAUNE, *op. cit.*, p. 107.

(3) THIERCELIN, *Revue critique*, t. XXXVIII, p. 781.

(4) Le nom de *saisine* donné au nouveau droit du possesseur an-

Pour donner une définition exacte de la saisine coutumière, il suffit de citer le passage où M. Bourbeau a magistralement retracé la genèse du « droit de possession » « La durée de la prescription ayant été allongée, la possession annale conserva cependant, par la force de la tradition, une puissance contre laquelle luttaient vainement les souvenirs du droit romain et le droit féodal lui-même. Si le cours accompli d'une année devient insuffisant pour conduire à l'appropriation, il en devient du moins un indice ou une présomption. « Lorsqu'on apprit à distinguer la propriété de la possession, dit M. Giraud, on changea en prescription provisoire ce qui dans l'origine était une prescription définitive ». Pour arriver à ce résultat, il n'était pas nécessaire de donner à la possession annale des prérogatives nouvelles ; il suffisait, en lui conservant ses anciens effets, de leur enlever leur caractère définitif, de faire de la possession annale un indice de la propriété ; tandis qu'elle en était auparavant la preuve ; de faire du possesseur annal un propriétaire présumé, au lieu d'un

nal ne doit pas nous surprendre. Ce terme, très vague d'ailleurs dans l'ancien droit, nous l'avons dit, s'appliquait à la fois à la *faculté* de disposer d'une chose et au *droit* d'en disposer. On devait dès lors appeler de même « saisine » le droit de réclamer la détention de la chose, au moins provisoirement ; la complainte possessoire ne se distinguait en effet de l'ancienne complainte en cas de propriété, fondée sur la « saisine » dans le droit des Assises, que par le caractère provisoire de ses résultats. Il était d'autant plus naturel de reconnaître la saisine au possesseur d'an et jour, que par l'ensaisinement, auquel suppléait désormais la possession annale ou décennale, l'acquéreur obtenait la saisine. Étant donné que l'ancien droit conféré par l'ensaisinement s'était en quelque sorte dédoublé, on ne fit que maintenir l'ancienne appellation pour la propriété provisoire.

propriétaire irrévocable ; de la saisine d'an et jour une propriété provisoire, au lieu d'une investiture de la propriété définitive ; de la complainte enfin une action possessoire au lieu d'une action pétitoire en revendication (1) ».

Un droit de propriété provisoire, telle est la saisine coutumière, telle est encore aujourd'hui la possession juridique. Le droit du possesseur, droit inconnu jusque-là dans les législations de souche germanique, est né avec la distinction du pétitoire et du possessoire, qui permet au détenteur d'an et jour de réclamer en justice la possession de la chose, sans faire la preuve de son droit de propriété. En même temps, le droit de possession, *jus possessionis*, se distingue nettement du fait de la détention (2).

89. Il semble incontestable que la distinction de la propriété et de la possession s'est précisée en France dans la seconde moitié du XIIIe siècle. Dans l'ancienne coutume de Touraine-Anjou, l'action du détenteur dépossédé lui procure la « saisine », mais cette expression, comme dans les Assises de Jérusalem, désigne à la fois la propriété et la possession, la libre disposition de l'immeuble. Au contraire, Beaumanoir distingue très nettement la possession juridique de la propriété : « Uzages de an et de jor pesiv-

(1) Boncenne et Bourbeau, op. cit. t. VII, § 279. — Cf. aussi Glasson, *Nouv. rev. hist.* 1890, p. 599. — Beaune, op. cit., p. 110.

(2) A l'appui de cette hypothèse très vraisemblable que le délai d'acquisition de la saisine coutumière est l'ancien délai de la prescription germanique, on peut faire remarquer que « si la saisine d'an et jour venait s'ajouter à l'ensaisinement par vest et devest ou à quelque autre fait de droit, le saisi, dans l'esprit de la plupart des coutumes, acquérait un droit définitif sur la chose ». (Thiercelin. *Rev. critiq.* t. XXXVII, p. 84). Ainsi, à certaines conditions, la possession annale opérait encore une véritable prescription.

lement soufist à acquerre *saizine*, si comme quant aucuns a une terre labourée... et despouille pesivlement un an et un jor, et aucuns vient qui lui empecque : li sires doit oster l'empecquement, s'il en est requis, et tenir celi en sa saizine jusqu'à tant qu'il pert, par plet ordené, la propriété de l'eritage ». Voilà bien la distinction du possessoire et du pétitoire. Et Beaumanoir ajoute : « La seconde manière d'uzage, si est de tenir l'éritage par dix ans pesivlement, à la veue et à la sceue de cix qui l'empecquement y voelent metre, tex manières d'uzages valent à acquerre *propriété* et saizine d'éritage (1) ». La distinction de la propriété et de la possession est encore formulée dans plusieurs arrêts des *Olim*, à la fin du XIII^e^ siècle et au commencement du XIV^e^, ainsi dans un arrêt de 1314 : « *Remanebit idem episcopus in saisina, salva nobis in hujus modi quæstione proprietatis* ». Citons enfin le Grand Coutumier qui distingue nettement le droit de possession (saisine ou saisine de droit) de la possession de fait (possession ou saisine de fait) : « Jà soit ce que le droit de possession et saisine n'aient point de différence expresse, toutes fois par coustume (2), ils ont telle différence que comme à juste cause et à injuste cause, possession se peult acquérir par occuper seullement mais se acquiert momentanément et par icelle possession continuée, *non vi, non clam,*

(1) *Coutumes de Beauvoisis*. Chap. XXIV n° 4. Cf. aussi ch. VI, n° 4 et surtout ch. XXXII.

(2) En raison, semble dire l'auteur du *Grand Coutumier*, il n'y a pas de différence entre le droit de possession et la possession de fait ; c'est la coutume qui a introduit la « différence ». Ceci ne doit pas nous surprendre : car le droit romain avait mal posé la distinction de la *possessio facti* et du *jus possessionis* ; or, le droit romain a exercé une influence marquée sur la rédaction du *Grand Coutumier*.

non precario, etc., la *saisine* est acquise par an et jour. Et pour ce, par la coutume, saisine est reputée juste de soy *propter temporis adminiculum*, mais possession non, *quia temporis adminiculum non requirit*..... et ainsi vous povez voir que saisine comprend et dénote possession et non e contrario (1) ».

90. De même que la propriété, à défaut d'ensaisinement ou seulement d'ensaisinement régulier, s'acquérait suivant la coutume par la prescription de dix ans, de même la saisine ou possession juridique s'acquérait par le délai d'an et jour. Mais l'ensaisinement régulier qui conférait toujours à l'acquéreur la propriété de la chose, lui conférait aussi, et à fortiori, la saisine, la propriété provisoire de cette chose. L'ensaisinement opérait donc transfert simultané de la propriété et de la possession juridique. Le droit coutumier, cela est certain, reconnaît la transmissibilité du droit de possession. Celui-là acquiert la saisine « qui possède la chose par tradition de faict : c'est assavoir quand le seigneur foncier lui en baille la saisine à cause de vendition, eschange, don, aliénation ou aultre titre, *quia facti traditio saisinam generat et inducit* (2). » Toutefois la saisine coutumière ne se transmet pas encore comme notre possession juridique : la simple tradition du vendeur à l'acheteur n'en consomme pas le transfert, il faut la formalité de l'ensaisinement (3). Mais cette règle ne s'applique pas à la transmission héréditaire. Si en effet l'héritier acquérait la propriété des biens héréditaires par l'effet de la maxime « Le mort saisit le

(1) *Grand Coutumier*. II, 19.

(2) *Grand Coutumier*. II, 19.

(3) Thiercelin, *Revue Critique*, tome XXXVII, p. 87.

vif », sans avoir à requérir ensaisinement de ces biens, à fortiori devait-il en acquérir *ipso jure* la saisine. Dispensé de toute investiture pour l'acquisition de la propriété, il devait jouir du même privilège pour l'acquisition de la « saisine ». La tradition fictive du mort au vif tenant lieu d'ensaisinement solennel opère la transmission de la possession héréditaire, et il n'est pas nécessaire que l'héritier possède en fait les biens de la succession pendant l'an et jour (1), ni même qu'il les ait appréhendés matériellement : « En tiltre de succession, le hoir se peut dire, incontinent après la mort de son prédécesseur, en possession et saisine des biens du trespassé dont il se dit hoir, *quia saisina defuncti descendit in vivum ;* et se momentairement, et avant l'an et jour de saisine, ils se apparent aucuns opposans ou empeschans, icelluy peut contre eux intenter le libelle (de nouvel trouble, etc.) et soy aider de la saisine (2). »

91. L'héritier donc acquiert de plein droit la possession de la succession, comme il en acquiert la propriété. Par là même, il est armé des actions possessoires contre ceux qui auraient appréhendé en fait les biens hérédi-

(1) On dit souvent que par l'effet de la maxime : *le mort saisit le vif,* l'héritier est dispensé du délai d'an et jour pour l'acquisition de la saisine : ce qui me semble plus exact, c'est de le considérer comme dispensé de l'*ensaisinement* solennel, au point de vue possessoire comme au point de vue de la propriété. Non seulement, en effet, l'héritier acquiert la saisine, sans possession d'an et jour, mais il l'acquiert sans appréhension matérielle. Il l'acquiert de plein droit parce que la tradition fictive du défunt à l'hoir plus proche a, d'après la coutume, des effets aussi complets que la tradition en formes. La condition de la détention annale ne s'impose en effet qu'à ceux qui n'ont pas été régulièrement ensaisinés.

(2) *Grand Coutumier, loc. cit.*

taires. Cet effet de la maxime « Le mort saisit le vif » a paru si considérable que d'après une opinion très répandue, il serait à la fois la conséquence caractéristique et la raison d'être du brocard. On a pu ainsi définir la saisine héréditaire « l'acquisition légale de la saisine coutumière (1). » J'ai dit comment la maxime « le mort saisit le vif » semblait antérieure à la notion même de la saisine coutumière ou possession juridique. En France, c'est au XII^e^ siècle que l'on voit apparaître la saisine héréditaire, au XIII^e^ siècle seulement la possession juridique, et en Orient, le droit des Assises admet dans certains cas la

(1) THIERCELIN, *Saisine héréditaire.* Revue crit , t. XXXVIII, p. 779 sqq. Cf. aussi t. XXXVII, p. 87. — Même au point de vue de la possession, la formule de M. Thiercelin est au moins incomplète. Elle n'explique pas en effet l'*accessio possessionum,* que le droit Coutumier avait admis, comme le droit Romain, en faveur de l'héritier. (Cf. Bourjon, liv. VI, tit. 4, ch. 1, sect. III, n° 16). Dans le système de M. Thiercelin, la saisine coutumière est considérée comme un droit héréditaire transmis avec les autres *jura hereditaria* par l'effet de la maxime : Le mort saisit le vif. Cela est très bien quand le défunt avait lui-même la possession annale : mais si le défunt n'avait pas encore acquis la saisine par le délai d'an et jour, il n'avait lui-même aucun droit définitif, aucun droit qu'il put transmettre à son héritier par un ensaisinement fictif. Il pouvait seulement mettre l'héritier à sa place pour continuer sa possession. L'idée d'*accessio possessionum,* de toutes celles que l'on a rattachées à la saisine héréditaire, est certainement la plus romaine. Elle semble bien avoir été inspirée par les textes du Digeste. Mais elle était tout à fait en harmonie avec les principes germaniques de la transmission héréditaire, avec l'idée que l'héritier, à tous égards, est mis à la place du défunt. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que nos anciens interprètes aient considéré l'*accessio possessionum* comme une conséquence de la maxime « le mort saisit le vif. »

saisine de l'héritier, tandis qu'il ignore totalement l'idée de possession juridique. Je n'ai pas non plus à exposer de nouveau les puissants motifs de la saisine héréditaire et la portée de cette institution en droit coutumier. Mais si je n'hésite pas à combattre le système qui rattache l'origine de la maxime connue à la saisine coutumière et en restreint l'effet à l'acquisition légale de la possession, je reconnais volontiers qu'à partir du XIV^e^ siècle, nos anciens auteurs se placent fréquemment au même point de vue. Il semble que le principe essentiel consacré par la maxime coutumière, acquisition légale de l'hérédité, est si ancien et si naturel que le droit positif n'a même pas dû avoir à le formuler. Que l'héritier succède immédiatement au défunt, c'est la tradition et même une loi supérieure qui l'impose. Au contraire, la notion du *jus possessionis*, et la transmission immédiate de ce droit du défunt à l'héritier, sont choses nouvelles en droit coutumier et frappantes pour les jurisconsultes. Et même parmi eux, ceux qui se livrent plus spécialement à l'étude du droit romain, et qui sont pénétrés de cette idée que la possession, *res facti*, ne peut s'acquérir que par l'*apprehensio naturalis*, ne comprennent pas la saisine héréditaire, ils considèrent comme une hérésie juridique la transmission légale de la possession. Il en est, comme l'auteur du Grand Coutumier, qui appliquent quand même et tant bien que mal les principes romains — tels qu'ils les conçoivent à cette époque — à la transmission héréditaire, et qui vont jusqu'à dire que l'héritier saisi en droit ne devient cependant pleinement possesseur que par l'appréhension de la loi 23, D. 41,2. Quant à la saisine héréditaire, ils en voient l'origine et la formule dans le

Possessio defuncti quasi juncta descendit in heredem (1), dans la théorie de l'*accessio possessionum*. La plupart reconnaissent que l'héritier saisi, à la différence de l'héritier romain, acquiert la possession héréditaire sans appréhension de fait ; Tiraqueau traduit la maxime coutumière en ces termes : *mortuus facit vivum possessorem sine ulla apprehensione*. Et cette dérogation aux principes romains indigne Cujas, qui n'hésite pas à qualifier la fameuse maxime de brocard ramassé dans la rue, *vox de via collecta*. Les commentateurs des coutumes, de leur côté, s'attachent à cette idée que l'héritier, grâce à la saisine, acquiert immédiatement la possession : « Le mort saisit le vif, c'est-à-dire le rend possesseur », ainsi s'exprime Charondas. Le texte même de la coutume de Nivernais reproduit la définition de Tiraqueau : « Le mort saisit le vif, son plus prochain habile à lui succéder ab intestat, *sans appréhension* de fait (2) ».

Et, sur ce texte, voici un passage de Guy Coquille qui montre clairement l'étrange confusion que l'idée nouvelle de possession juridique et les théories romaines avaient introduites en droit coutumier : « Selon le droict romain, ores que l'héritier devienne propriétaire par l'adition d'hérédité, il ne devient possesseur s'il n'appréhende la jouissance naturellement. L. *Cum hæredes* D. Mais en France, non seulement ès provinces coustumières, mais aussi ès provinces de droit escrit, l'héritier par intestat et l'héritier testamentaire sont saisis *ipso jure*.

(1) *Grand Coutumier*, loc. cit. Cf. aussi les auteurs que nous avons cités en droit romain.

(2) Dupin. *Coutume du Nivernais*, ch. XXXIV art. 1, page 424. La même formule se retrouve d'ailleurs dans bien des Coutumes : Bourgogne, Angoumois, Anjou, Chartres, etc.

« Puisque la *possession* est ainsi acquise *ipsó jure*, il s'ensuit que l'héritier décédant *transmet* l'hérédité à ses plus proches, ores qu'il ne l'ait recognuë ny sçu qu'elle lui appartient (1) ».

Ainsi, d'après Guy Coquille, la transmissibilité du droit héréditaire serait une conséquence de l'acquisition légale de la possession ! Qu'importe cependant, à cet égard, que l'héritier ait, ou non, la possession héréditaire ? Qu'importe la nécessité ou la dispense d'*apprehensio naturalis* ? Si dans le droit romain classique la vocation héréditaire était intransmissible, c'était, nous le savons, parce que l'héritier externe n'acquérait l'hérédité que par l'adition, parce qu'il n'était propriétaire de l'hérédité que « lorsqu'il l'avait recognuë et sçu qu'elle lui appartenait » pour employer les termes mêmes de Guy Coquille. Que la transmissibilité du droit héréditaire, en droit coutumier, soit une conséquence de la saisine, cela est exact : mais, s'il en est ainsi, c'est parce que la maxime « Le mort saisit le vif » exprime l'acquisition légale non seulement de la possession, mais aussi de la propriété de l'hérédité et des biens héréditaires.

92. Parce qu'en effet la maxime coutumière a, dès le le XIII^e^ siècle, une portée nouvelle, parce qu'elle confère à l'héritier, dès l'instant du décès, la saisine ou possession juridique, cela n'exclut pas l'ancien effet de la maxime : investiture légale de l'hérédité. L'héritier désormais, acquiert de plein droit, par l'effet de la saisine, la possession de l'hérédité, mais il continue à en acquérir de plein droit la propriété : c'est là une règle certaine en droit coutumier. L'héritier comme par le passé, est, dès l'instant

(1) Cité par Dupin, *Coutume du Nivernais*, p. 424.

du décès, investi du patrimoine, sans adition d'hérédité, sans intervention des pouvoirs publics. Or, quelle est la formule de ce principe ? Comment les jurisconsultes de l'ancienne France expriment-ils l'idée d'acquisition légale de l'hérédité? Toujours par l'axiome consacré : « Le mort saisit le vif. » Sans doute, les jurisconsultes s'étendent complaisamment sur l'effet le plus récent de la saisine héréditaire : transmission immédiate de la possession du défunt à l'héritier. Et il faut reconnaître que le principe d'acquisition légale de l'hérédité perdait de son importance à mesure que la formalité de l'ensaisinement tombait en désuétude dans les transmissions entre-vifs et à titre particulier. Il n'en reste pas moins que le seul texte de l'ancien droit qui s'applique spécialement à la transmission héréditaire, c'est la maxime coutumière, et que ce texte, au XVIII^e^ siècle comme au XIII^e^, formule encore cette idée que la succession est un mode d'acquérir.

93. C'est en ce sens que Pothier interprète le vieil adage : «.... Suivant le droit romain, la succession qui était déférée à un héritier ne lui était pas acquise jusqu'à ce qu'il l'eût acceptée, à moins qu'il ne fût de ces héritiers qu'on appelle nécessaires. Au contraire, suivant notre droit français, une succession est acquise à l'héritier que la loi y appelle, dès l'instant même qu'elle lui est déférée, et avant qu'il en ait encore la moindre connaissance, c'est-à-dire dès l'instant de la mort naturelle ou civile du défunt qui a donné ouverture à sa succession. *C'est ce que signifie* cette règle de notre droit français, qui est en la coutume de Paris, article 318 et en la notre 301 : *Le mort saisit le vif, son hoir plus proche et habile à lui succéder* (1).»

(1) Pothier ajoute : « Cette règle a lieu dans toutes les provinces

Il est vrai que Pothier, un peu plus loin, commente la maxime coutumière en ces termes : « *Le mort,* c'est-à-dire celui de la succession duquel il s'agit,.... *saisit,* c'est-à-dire, *est censé mettre en possession* de tous ses droits et biens, *le vif*, son hoir plus proche, c'est-à-dire, celui qui lui

du royaume, et quoiqu'elle soit diamétralement opposée aux principes du droit romain, elle ne laisse pas d'être suivie dans les provinces régies par le droit romain. » La saisine héréditaire avait été admise, en effet, en pays de droit écrit. Il ne faut pas en tirer argument à l'encontre de notre thèse, suivant laquelle le principe de la saisine se rattache aux traditions germaniques. Il ne faut pas exagérer la distinction entre pays de coutume et pays de droit écrit. « On s'est trop contenté de dire, écrivait M. Kœnigswarter (*Histoire de l'organisation de la famille,* p. 185), que le droit romain a été la loi du midi sans se préoccuper des transformations que ce droit avait subies dans l'usage et par l'infiltration de l'élément barbare ». Bien des provinces de droit écrit avaient leur coutume, et Philippe le Bel, non sans quelque exagération, disait dans une ordonnance de 1302 : « Tout le royaume est régi par la coutume, et c'est comme coutume que quelques-uns de nos sujets se servent du droit écrit. » Et beaucoup plus tard, Bouhier remarquait » qu'il n'y a aucune province en ce royaume, même parmi celles qui respectent le plus le droit romain, qui ne soit coutumière à quelques égards. » (Kœnigswarter, *loc. cit.*). Nier l'influence des institutions germaniques sur le midi de la France, c'est oublier que les princes Wisigoths ont régné à Toulouse, que les tribus barbares à l'origine, puis les rois de race franque ont fait de fréquentes incursions en Languedoc, et qu'au moyen âge, les Français du Nord ont définitivement conquis le midi. Si d'ailleurs le principe de la saisine repose, comme nous le croyons, sur une idée très générale et très humaine, l'idée de la continuation de la personne du défunt par l'héritier, si la saisine, ainsi comprise, c'est-à-dire l'acquisition légale de l'hérédité mérite la qualification de « coutume du monde » que Tiraqueau attribuait à sa saisine « *sine ulla apprehensione* », il n'y a plus lieu de s'étonner que les provinces de droit écrit aient admis, en l'appliquant différemment, l'idée de la saisine héréditaire. L'extension

survit, etc. (1) ». « Voilà le véritable sens de la règle, dit M. Bugnet, c'est-à-dire l'acquisition légale de la possession, sans l'appréhension du corps héréditaire. » C'est bien mal entendre Pothier, à mon avis, que voir dans le passage que nous venons de transcrire une restriction à ce qui précède, sinon même une contradiction. Quand, en effet, Pothier déclare que le mort « est censé mettre en possession » le vif de tous ses biens, cela n'exprime pas la soi-disant fiction suivant laquelle le défunt serait censé transmettre à l'héritier la possession juridique (en raison, pareille fiction est tout à fait inutile, puisque le droit de possession est transmissible par nature comme le droit de propriété). La fiction à laquelle Pothier fait allusion s'applique à la propriété des biens héréditaires comme à la possession : c'est la fiction anti-féodale suivant laquelle il y a « mise en possession », investiture fictive du défunt à l'héritier. La saisine héréditaire ne repose sur une fiction que parce qu'il faut, en principe, dans l'ancien droit, un ensaisinement pour consommer les mutations de propriété. A l'époque de Pothier, où la clause de dessaisine-saisine supplée, en fait, à l'ensaisinement, la règle « le mort saisit le vif » a, dans la transmission héréditaire, des effets analogues à ceux de cette clause.

géographique de la saisine héréditaire nous semble donc un argument en faveur de notre thèse : il n'est pas vraisemblable qu'une institution si généralement adoptée n'ait d'autre origine que l'interprétation erronée de quelques textes de droit romain, comme la loi *cum miles*. Il faut reconnaître seulement que ce texte et quelques autres au point de vue possessoire, et, d'autre part, l'acquisition légale de l'hérédité par les héritiers nécessaires, durent faciliter l'admission, en pays de droit écrit, des principes coutumiers.

(1) Pothier. *Successions*, chap. III, sect. II.

Et plus loin encore, Pothier, analysant la saisine héréditaire, énumére en somme les conséquences du principe d'acquisition légale : « Cette *saisine* consiste en ce que tous les droits du défunt, toutes ses obligations, dès l'instant de sa mort, passent de sa personne en celle des héritiers, qui deviennent, en conséquence, dès cet instant, chacun pour la part dont ils sont héritiers, sans qu'il intervienne rien de leur part, *propriétaires* de toutes les choses dont le défunt était propriétaire, créanciers de tout ce dont il était créancier, débiteurs de tout ce dont il était débiteur ; ils ont dès cet instant le droit d'intenter toutes les actions que le défunt aurait eu le droit d'intenter, et sont sujets à toutes celles auxquelles le défunt aurait été sujet. » Et Pothier continue : « Il y a plus (ce qui est bien contraire aux principes du droit romain et aux idées naturelles), la *possession* qu'avait le défunt des choses de la succession, quoique la possession soit une chose de fait, est, par cette règle, réputée passer à l'héritier, sans aucune appréhension de fait..... » Pothier suit ici la théorie classique de la possession ; la transmission légale de la possession lui semble contraire « aux idées naturelles » et, d'après lui, repose sur une fiction ; on sait que nous avons combattu ce système ; mais c'est avec raison, croyons-nous, que Pothier ne considère l'acquisition légale de la possession héréditaire que comme un des effets de la saisine, indépendant des autres, au lieu de fonder sur cette idée de transmission de la possession juridique, comme on le fait encore aujourd'hui, toutes les conséquences de la saisine héréditaire.

94. En invoquant le témoignage de Pothier, je n'ai pas voulu analyser la saisine héréditaire de notre code, mais l'ancienne institution du droit coutumier. J'ai montré

comment le principe d'acquisition légale avait régi la transmission héréditaire dès l'origine des institutions germaniques ; à l'époque barbare notamment, l'héritier acquiert la succession de plein droit, sans manifestation de volonté et sans l'accomplissement des formalités alors exigées pour le transfert de la propriété immobilière. Un instant éclipsé par le régime féodal, le principe d'acquisition légale est restauré dès le XII^e^ siècle : c'est à cette époque que prend naissance la maxime : *le mort saisit le vif* ; c'est alors que la « saisine héréditaire » peut être très exactement définie l' « investiture légale de l'hérédité ». Cette formule reste vraie jusqu'à la fin de notre ancien droit, mais à partir du XIII^e^ siècle, elle doit s'entendre en ce sens que l'héritier saisi acquiert, de plein droit et simultanément, la propriété et la possession juridique de l'hérédité, ce qui n'excède pas les conséquences rationnelles du principe d'acquisition légale.

TROISIÈME PARTIE

DROIT CIVIL MODERNE

CHAPITRE PREMIER

DE LA SAISINE HÉRÉDITAIRE

95. « Les héritiers légitimes sont saisis, de plein droit, des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession les enfants naturels, l'époux survivant et l'État, doivent se faire envoyer en possession par justice, dans les formes qui seront déterminées. »

Tel est le texte de l'art. 724 C. C. qui semble reproduire, sous une forme un peu modifiée, l'art. 318 de la coutume de Paris : « Le mort saisit le vif, etc... »

De la comparaison de ces deux textes, il ressort tout d'abord que le Code civil, en maintenant la saisine héréditaire, a fait disparaître la fiction qui l'avait justifiée à l'origine. « Ce n'est plus le *mort* qui est censé saisir le *vif*, c'est la loi elle-même qui *de plein droit* et de sa toute puissance, *saisit* les héritiers qu'elle appelle (1). »

(1) Demolombe, t. XIII, n° 130.

Par là, suivant la remarque très juste de M. Demolombe, le législateur mettait le principe de la transmission héréditaire — si tant est que ce principe soit consigné dans l'art. 724 — « en harmonie avec le principe général qu'il allait inaugurer sur la transmission des biens, en décidant que la propriété serait transférée... indépendamment de toute tradition (art. 711) ». Nous avons, en effet, insisté sur cette idée que la saisine héréditaire, dans l'ancien droit, ne reposait sur une fiction que dans la limite où il fallait un ensaisinement, solennel ou non, pour la transmission de la propriété.

96. Cette restriction faite, il semble que l'art. 724 reproduisant à peu près la maxime coutumière « le mort saisit le vif », cette règle est comme jadis le principe de la transmission héréditaire. Il semble que le législateur du Code civil a entendu conserver la « saisine » de l'ancien droit, avec toute la portée qu'elle avait jadis. Et la lecture des travaux préparatoires fortifierait encore cette induction. C'est Chabot, qui dans son rapport au Tribunat du 26 Germinal An XI, s'exprime en ces termes : « Lorsqu'un homme décède, la place qu'il laisse vacante est aussitôt remplie par ceux de ses parents qui sont appelés à sa succession. A l'instant même où la mort lui enlève ses droits, la loi les confère à ses héritiers (1) ; il n'y a pas de lacune, et c'est là l'origine de cette maxime du droit coutumier : le mort saisit le vif (2). » C'est le tribun Siméon qui développe la même idée devant le Corps législatif : « La mort,

(1) Voilà bien le principe d'acquisition légale. Ce passage du rapport de Chabot montre au moins comment les jurisconsultes comprenaient la saisine à la fin du dernier siècle.

(2) Locré, t. X, p. 217.

soit naturelle, soit civile, à l'instant où elle frappe définitivement, ouvre donc la succession. *Elle l'ouvre au profit des héritiers légitimes* (1); elle les *saisit de plein droit* du patrimoine, sans qu'il soit besoin d'aucune demande de leur part: utile et belle conception, au moyen de laquelle la *propriété* ne reste jamais en suspens, et reçoit, malgré les vicissitudes et l'instabilité de la vie, un caractère d'immutabilité et de perpétuité. L'homme passe, ses biens et ses droits demeurent. Il n'est plus : d'autres lui-même continuent sa *possession* et ferment subitement le vide qu'il allait laisser (2). » Il y a là en somme, plus de rhétorique dans le style que de netteté dans la pensée; il semble cependant que, pour le tribun Siméon, l'acquisition immédiate des biens du défunt est la conséquence de la saisine, et que la saisine n'appartient qu'à ceux qui sont les continuateurs de la personne du défunt, à « d'autres lui-même ». Et, dans la phrase suivante, Siméon oppose aux héritiers légitimes les successeurs irréguliers, qui « ne sauraient être saisis de plein droit » mais « doivent recourir à la justice, et se faire envoyer en possession. » N'est-ce pas cette opposition entre les deux classes de successeurs que formule l'art. 724, et ne faut-il pas conclure que les rédacteurs du Code ont voulu maintenir et ont maintenu, au profit de certains héritiers, la saisine de l'ancien droit?

97. Or, s'il fallait admettre aujourd'hui encore la saisine héréditaire avec les prérogatives qu'elle entraînait jadis, il faudrait reconnaître toutes ces prérogatives aux héritiers saisis, et les refuser à ceux qui d'après le Code civil

(1) Je souligne à dessein cette phrase et quelques autres mots du même fragment, pour y revenir ensuite.

(2) Locré, t. X, p. 281.

n'ont pas la saisine (1), et décider en conséquence :

1° Que les héritiers saisis acquièrent dès l'instant du décès et par la force de la loi l'hérédité et les biens héréditaires, tandis que les successeurs irréguliers et les légataires universels non saisis n'acquièrent leur droit que par l'envoi en possession ;

2° Que les héritiers saisis ont seuls un droit immédiatement transmissible à leurs propres héritiers ;

3° Que seuls les héritiers saisis acquièrent immédiatement la possession héréditaire, sans aucun acte d'appréhension.

Aucune de ces propositions n'est admissible.

La plupart des civilistes écartent sans hésiter les deux premières. Il résulte en effet de l'article 711 que la succession est un mode d'acquérir, et le texte ne distingue pas entre la succession légitime et la succession irrégulière. Il suit encore du même texte que la propriété s'acquiert par donation entre vifs ou testamentaire, et l'art. 1014 confirme pour les légataires à titre particulier ce principe qui est vrai à fortiori des légataires universels. Tous successeurs donc, dans notre droit, acquièrent de plein droit l'hérédité ou le legs qui leur est attribué par la loi ou par la volonté de l'homme. Et si tous ont, dès le décès, un droit acquis, tous ont dès cet instant un droit transmissible. L'article 781, conçu d'ailleurs en termes généraux, s'applique à toutes classes de successeurs.

Acquisition immédiate et transmissibilité du droit des successeurs non saisis, ces formules se déduisent nécessairement des textes, et sont admises, chose singulière, par les auteurs mêmes qui rattachent à la saisine et à l'arti-

(1) Demolombe, n° 131.

cle 724 l'acquisition légale et la transmissibilité du droit héréditaire (1). Il y a là une contradiction difficile à résoudre.

98. Et il ne suffit pas de dire, pour éviter cette contradiction et maintenir néanmoins l'ancienne saisine dans notre droit, il ne suffit pas de dire que l'acquisition légale de l'hérédité n'était pas un effet de la maxime « le mort saisit le vif ». Et il est inutile, si l'on reconnaît pourtant, comme M. Demolombe, que l'ancienne maxime s'appliquait à la propriété comme à la possession des biens héréditaires, de scinder l'idée très simple de saisine et de distinguer la saisine de propriété et la saisine de possession, l'une accordée maintenant à tous successeurs par l'article 711, l'autre encore refusée aux successeurs irréguliers par l'article 724. Nous discuterons tout à l'heure l'argument de texte que l'on tire de l'article 724 quant à la « saisine de la possession ». Pour le moment, il importe de remarquer que si les commentateurs du Code civil ont pu soutenir avec assez de force que la saisine de l'article 724 n'était autre que l'institution coutumière, et qu'on devait dès lors interpréter le droit actuel par l'ancien droit, c'est qu'il ressort des travaux préparatoires que les rédacteurs du Code voulaient en effet, maintenir les principes du droit antérieur ; or, il faut admettre ou écarter l'autorité des travaux préparatoires, il n'y a pas de milieu ; et si l'on argumente de ces documents pour connaître la pensée des rédacteurs, il faut reconnaître que non seulement ceux-ci ont entendu conserver la maxime « le mort saisit le vif », mais que, dans leur esprit, l'acquisition légale de l'hérédité, l'acquisition *a die*

(1) Duranton, t. VI, nos 54, 55, 62. Toullier, t. III, nos 82 et 90. Marcadé, sur l'art. 724.

mortis de la propriété des biens héréditaires, étaient bien des conséquences de la saisine. Si M. Demolombe a pu relever dans le rapport de Jaubert au Tribunat cette phrase qu'il invoque à l'appui de sa distinction : « Autre chose est la propriété, autre chose la saisine (1) », les passages de Chabot et de Siméon, que j'ai cités plus haut, impliquent certainement la même notion de la saisine que nous avons relevée dans le traité de Pothier. Continuation immédiate des droits du défunt par l'héritier, telle est d'après Chabot l'origine de la maxime coutumière. Et Siméon justifie de même la saisine, « utile et belle conception au moyen de laquelle la *propriété* ne reste jamais en suspens ». Siméon va même encore plus loin, puisqu'il déclare que la succession ne *s'ouvre*, au moment même du décès, qu'au profit des héritiers légitimes : comme si elle n'était déférée aux successeurs irréguliers que par l'envoi en possession. Un peu plus loin il est vrai, Siméon semble considérer les héritiers légitimes comme les continuateurs de la *possession* du défunt ; mais cette remarque n'exclut certainement pas l'idée maîtresse du fragment, que l'acquisition légale et immédiate de l'hérédité est un effet de la saisine. A s'en tenir aux travaux préparatoires, on devrait donc maintenir dans notre droit la saisine ancienne avec toutes ses conséquences. Et si la saisine ancienne est incompatible avec les règles du Code Civil, notamment avec le principe de l'article 711, il faut avouer que les rédacteurs du Code ont mal vu la portée de l'innovation qu'ils consacraient d'ailleurs en proclamant la succession « un mode d'acquérir » et que dès lors il n'y a pas à s'arrêter aux motifs ou aux commentaires qu'ils ont pu don-

(1) Locré, t. XI, p. 490.

ner de l'article 724, et il faut renoncer au raisonnement suivant : la saisine du Code est celle de l'ancien droit ; or, la seule saisine qui puisse appartenir à l'ancien droit comme au droit actuel est la saisine de la possession : donc la saisine du Code est la saisine de la possession. Ce raisonnement est faux au point de vue historique, puisque la saisine ancienne n'était pas seulement la saisine de la possession. Il repose, en outre, sur un postulat, puisque pour démontrer que la saisine du Code est celle de l'ancien droit, on est obligé de recourir aux travaux préparatoires, qui ruinent la conclusion même du syllogisme.

99. Et pourtant, d'après une opinion très répandue à notre époque, l'article 724 consacrerait cette différence entre les héritiers saisis et les successeurs non saisis, que les premiers seuls seraient investis de plein droit de la possession du défunt, tandis que les autres ne deviendraient possesseurs que par l'envoi en possession.

Et par possession, on entend la possession juridique, la possession civile des biens héréditaires. « Les parents légitimes sont investis de plein droit, dès l'ouverture de la succession, non seulement de la propriété, mais même de la possession civile de l'hérédité et des objets particuliers qui en dépendent : c'est là l'effet propre et caractéristique de la saisine héréditaire. » Ainsi s'expriment MM. Aubry et Rau (1). Même formule, ou peu s'en faut, chez M. Demolombe. Toutefois M. Demolombe ne précise pas le sens du mot possession : l'héritier saisi acquiert « la possession même qui appartenait au défunt (2) ». M. Laurent

(1) Aubry et Rau, t. VI, § 610, B. Texte et note 14.

(2) Demolombe, n° 133.

s'est rangé au même système (1) : et l'on peut dire que c'est celui de notre jurisprudence, bien que la question de principe se soit rarement posée en pratique, les tribunaux n'ayant eu à interpréter l'article 724 qu'incidemment, pour résoudre des difficultés d'espèces.

100. Voilà donc une opinion qui triomphe en doctrine et en jurisprudence ; et cependant, chose singulière, il est peu de thèses juridiques aussi faiblement motivées. Si j'excepte en effet M. Demolombe, qui définit la saisine de l'article 724 l'acquisition légale de la possession, parceque la « saisine de propriété » étant inadmissible dans notre droit, il faut bien admettre la « saisine de possession », les partisans de ce système n'invoquent qu'un seul argument : c'est, il est vrai, un argument de texte, mais il n'est pas pour cela péremptoire, bien que très simple en apparence. Les successeurs irréguliers n'ont pas la saisine ; or, qu'est-ce que la loi entend par là ? dit M. Laurent : c'est qu'ils doivent se faire envoyer en possession par la justice. Donc la saisine concerne la possession ; la saisine est la transmission légale de la possession au profit des héritiers légitimes (2). Et ailleurs encore : « Le Code ne se sert pas du mot de saisine, mais il la définit dans l'article 724, en disant que les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des droits et actions du défunt ; *la fin de l'article prouve* que le Code entend par là la transmission de la possession, puisqu'il y est dit que les successeurs irréguliers doivent se faire envoyer en possession par la justice (3). » Et c'est tout.

(1) Laurent, t. IX, nos 213 et 219.

(2) Laurent, no 213.

(3) Laurent no 219.

C'est tout, mais cela n'est pas assez. Ce prétendu argument de texte ne repose que sur une équivoque. Il se résume ainsi : on ne peut avoir la *possession* d'un ensemble de biens avant d'être envoyé en *possession* de ces biens. Cela paraît très logique, mais il ne faut pas jouer sur les mots, et il importe avant tout de préciser ce que l'on entend par cette expression courante *d'envoi en possession*. Or, l'envoi en possession comme la *missio in possessionem* du droit romain, comme la *livery of seisine* de l'ancien droit anglais, a pour objet la détention matérielle, la *possessio facti* des biens auxquels il s'applique, et n'exclut nullement la qualité de possesseur chez celui qui le sollicite, loin de là : le *bonorum possessor*, en droit romain, n'invoque-t-il pas sa *juris possessio* pour obtenir par l'interdit *quorum bonorum* la *missio in possessionem* et la *possessio facti* des biens héréditaires ? Pourquoi aujourd'hui encore un successeur, déjà possesseur en droit, ne viendrait-il pas réclamer l'envoi en possession ?

101. L'argument de nos adversaires ne serait donc concluant que s'il s'agissait de démontrer que la saisine est l'acquisition légale de la *possessio facti*. C'est, en effet, ce que semblent dire MM. Aubry et Rau dans une autre partie de leur ouvrage : « La possession envisagée en elle même et *comme état de fait*, n'est pas susceptible de passer en réalité d'une personne à une autre. » Et en note : « Si en droit français et en vertu de la maxime : *Le mort saisit le vif*, la possession du défunt est censée passer de plein droit aux héritiers du sang et aux légataires universels jouissant de la saisine (1), ce n'est là qu'une pure fiction

(1) Ceci prouve, comme la suite de la note, qu'il s'agit du sens de la maxime dans notre droit actuel.

légale, et qui ne contredit pas la proposition énoncée au texte (1). » Et le droit pour les héritiers saisis d'intenter *de plano* les actions possessoires du défunt serait une conséquence de cette fiction, suivant laquelle les héritiers saisis sont censés continuer la possession matérielle du défunt, la possession état de fait (2).

Quant à la transmission légale et fictive d'un état de fait, j'ai déjà dit que cette notion me semblait incohérente et incompréhensible, et c'est un point sur lequel je n'insisterai plus. J'ajoute que le passage d'Aubry et Rau que je viens de transcrire me paraît inconciliable et avec la définition de la saisine que proposent ailleurs les mêmes auteurs, et que je citais tout à l'heure, et avec la proposition même qui, dans le texte du § 181, fait immédiatement suite à celle qui concerne l'intransmissibilité de la *possessio facti* : tandis que la *possessio facti* est intransmissible, « il en est autrement des avantages qui y sont attachés, et notamment des actions ouvertes à l'effet de s'y faire maintenir ou réintégrer. Ces avantages et actions passent *ipso facto* aux successeurs *universels* ou particuliers du possesseur, avec le droit probable dont la possession était l'exercice ou la manifestation (3). »

Et, en effet, dans une législation qui, comme la nôtre, admet la séparation du pétitoire et du possessoire, et accorde au possesseur des actions spéciales, le possesseur a un véritable droit. MM. Aubry et Rau constatent que la

(1) Aubry et Rau, t. II, § 181, texte et note 1.

(2) Aubry et Rau, note citée in fine.

(3) Et au sujet de la situation des successeurs irréguliers au point de vue possessoire, il y a ici une note très exacte d'Aubry et Rau, sur laquelle je reviendrai.

possession état de fait entraîne des avantages juridiques, et ils maintiennent cependant que la possession ne constitue pas un droit *sui generis* (1). N'est-ce pas marquer un respect exagéré de la théorie classique, suivant laquelle la possession n'est qu'un simple fait? La distinction du fait de la possession et de ses conséquences juridiques s'impose en raison, et elle appartient chez nous au droit positif. Sans doute, il faut refuser le caractère de droit à la possession de fait, à cette possession matérielle qui est intransmissible par l'effet des conventions et à fortiori, en vertu d'une simple fiction : mais les effets de la possession, ses avantages juridiques, pour employer la terminologie d'Aubry et Rau, constituent un droit — *jus possessionis,* possession juridique, possession civile, etc., et ce droit est transmissible comme tout droit. Si, originairement, le droit de possession, naissant de la détention prolongée, implique cette détention et par suite une *apprehensio naturalis*, il peut être acquis par transmission indépendamment de toute appréhension matérielle. Et c'est ainsi que dans notre droit, par le seul effet de la convention translative de propriété, l'acquéreur a les actions possessoires avant d'avoir appréhendé la chose et alors qu'il peut être dans l'impossibilité d'exercer aucun acte de jouissance sur la chose, l'action possessoire tendant précisément à le lui permettre. Si l'acquéreur a ainsi la possession civile sans avoir jamais eu la possession matérielle, c'est que son auteur lui a transmis cette possession civile, c'est-à-dire les effets juridiques de sa propre possession, rendus indépendants de la possession de fait, et antérieurs chez l'acquéreur à l'appréhension matérielle.

(1) T. II, § 177, texte et note 8.

Ces principes, MM. Aubry et Rau les reconnaissent, bien qu'ils semblent éviter de remplacer par quelque expression telle que le *jus possessionis* des textes romains leur périphrase incommode des « avantages juridiques de la possession ». Ils reconnaissent que les effets de la possession sont transmissibles, et même que le transfert de la propriété entraîne le transfert simultané des effets de la possession — nous dirons de la possession juridique. La possession juridique n'étant qu'une propriété provisoire, la transmission de la propriété implique nécessairement la transmission de la possession, à condition toutefois que l'ancien propriétaire fût aussi possesseur en droit. Et de là il résulte qu'à priori, dans le système du Code civil, tout acte, tout événement translatif de propriété, fait acquérir au nouveau titulaire de la propriété la possession juridique de la chose.

Voilà pourquoi MM. Aubry et Rau ont pu écrire : « Dans le système du code d'après lequel tout acte translatif de propriété la transfère indépendamment de la tradition, on doit attacher aux actes de cette nature un effet analogue à celui du constitut possessoire proprement dit, en ce sens que l'ancien propriétaire, quoique n'ayant point encore livré la chose par lui aliénée, cesse, par le fait même de l'aliénation, de la posséder pour son propre compte, et ne la détient plus que pour le compte du nouveau propriétaire (1). »

Et ailleurs, plus nettement encore : « Par cela même que dans notre législation, les droits se transmettent par le seul effet des conventions, indépendamment de toute tradition, on doit également admettre que les actions ou avantages attachés à la possession passent *ipso facto* à celui

(1) T. II, § 179, texte et note 9.

auquel un droit a été transmis, comme des accessoires utiles de ce droit et comme des moyens de le défendre ou de le consolider (1). »

Or, s'il en est ainsi au cas d'acquisition entre vifs et par l'effet des conventions, ne doit-il pas en être de même dans l'hypothèse de transmission héréditaire ? Et ne faut-il pas dire logiquement, en transposant les formules du fragment que je viens de citer : « que la propriété des biens héréditaires se transmettant désormais par le seul effet de la loi, dès l'ouverture de la succession et indépendamment de tout *envoi en possession*, les actions et avantages attachés à la possession des biens héréditaires, passent *ipso facto* à l'héritier, saisi ou non ? (2)» C'est la conséquence très simple de ces deux principes : acquisition légale de l'hérédité, transfert simultané de la propriété et de la possession juridique. Les acquéreurs à titre particulier ont, dans notre droit, la « saisine de la propriété » et la saisine de la possession », sans tradition ni clause de dessaisine-saisine, sans appréhension matérielle : pourquoi en serait-il autrement des héritiers ou de telle catégorie d'héritiers ?

La possession civile pourrait être refusée aux héritiers non saisis, si l'acquisition légale de la possession civile était une conséquence de la saisine. Or, elle n'est pas une

(1) Aubry et Rau, t. II, § 181, — Notons qu'au point de vue de l'*accessio possessionum* le Code a complètement assimilé successeurs à titre universel ou à titre particulier, en autorisant tout successeur à joindre à sa possession celle de son auteur, art. 2235.

(2) Et c'est en effet ce que MM. Aubry et Rau reconnaissent au texte du § 181, p. 99, sous réserve d'une note très judicieuse (note 3). Mais les propositions du texte et les notes 2 et 3 nous semblent difficilement conciliables avec la note 1 de la même page et avec la formule de la saisine, § 610 B.

conséquence de la saisine, puisqu'elle est imposée par les principes généraux, puisque, de droit commun, tout héritier, dans le système du Code, serait de plein droit possesseur. Si jadis on avait effacé l'article 318 de la coutume de Paris, les héritiers de toutes classes auraient été assimilés aux acquéreurs entre vifs, et ils n'acquéraient dès lors, de plein droit, ni propriété ni possession. Si maintenant on abrogeait l'article 724 C. C., les héritiers seraient encore traités comme les autres acquéreurs, mais en conséquence et par le seul effet de l'article 711, ils auraient tous, immédiatement et de plein droit, la propriété et la possession des biens héréditaires : la question ne se discuterait même pas. Pour refuser donc la possession aux successeurs non saisis il faudrait, étant donné l'innovation de l'article 711, qui n'a fait, en somme, que généraliser la règle exceptionnelle de l'article 318 Cout. de Paris, il faudrait un texte qui refusât catégoriquement la possession aux héritiers non saisis. Est-ce l'article 724 ? Nullement, puisque la nécessité d'obtenir un envoi en possession n'est pas exclusive, je l'ai déjà dit, de la qualité de *juris possessor* chez celui qui doit solliciter l'envoi en possession.

102. La doctrine que je combats ne s'appuie donc ni sur l'histoire ni sur la loi actuelle ; j'ajoute qu'elle conduit à des conséquences singulières et inadmissibles, en fait comme en droit. Les successeurs non saisis n'ayant pas la possession des biens héréditaires dans l'intervalle du décès à l'envoi en possession, il y aura interruption de la possession du défunt ; pratiquement, il en résultera que le temps intermédiaire ne comptera pas pour l'achèvement de la prescription acquisitive commencée par le défunt, si même l'accession n'est pas impossible — conséquence logique du système qui viendrait se heurter à l'article 2235 :

théoriquement, on peut se demander ce que devient ce droit de possession qui n'appartient plus au défunt et n'appartient pas encore au successeur non saisi. Les héritiers saisis, en concours avec des successeurs irréguliers, auront-ils légalement la possession de biens dont ils ne sont pas propriétaires ? Ou bien, et cette solution s'impose si les successeurs irréguliers doivent recueillir seuls l'hérédité, la possession vacante restera-t-elle en suspens, sans reposer sur la tête de personne ? On est amené ainsi à cette conception étrange de la « possession vide », expression sous laquelle on cherche en vain une idée juridique précise. « L'accession ne peut avoir lieu, disent MM. Aubry et Rau, qu'entre deux possessions qui se suivent sans interruption, c'est-à-dire qui n'ont pas été séparées l'une de l'autre par une possession intermédiaire et annale qu'aurait eue un tiers. Mais la circonstance que la possession serait simplement restée vide, ne forme point obstacle à l'accession. C'est ainsi que lorsqu'une succession est dévolue à des successeurs irréguliers, ces successeurs sont, après l'envoi en possession, autorisés à joindre à leur propre possession celle du défunt, et même la possession restée vide dans l'intervalle du décès à l'envoi en possession (1). » Au principe général posé au début de ce passage, les auteurs ont dû ainsi apporter un tempérament, pour justifier la solution finale qui serait en contradiction avec leur définition de la saisine, et qu'il fallait cependant admettre en fait. Il y a là un expédient comme il s'en rencontre peu dans le scientifique traité de MM. Aubry et Rau. La « possession vide » était indispensable pour relier la possession du successeur à celle du

(1) Aubry et Rau, t. II, § 181, p. 102.

défunt. Mais que signifie cette possession vide, c'est ce qu'il est permis de se demander. Ce qui semble toutefois ressortir de ce passage assez obscur, c'est que MM. Aubry et Rau entendent *l'accessio possessionum* à la manière des jurisconsultes Romains. Le successeur est autorisé à joindre sa possession à celle du défunt, mais il n'y a pas de possession transmise de l'un à l'autre. Si cependant on veut maintenir, conformément aux principes, que la possession juridique du défunt est transmissible au successeur irrégulier, à qui, je le répète, appartiendra cette possession pendant le temps de la possession vide? On voit à quelles difficultés conduit un système irrationnel. Nous parlions tout à l'heure de *l'accessio possessionum* romaine: on a pu dire, avec raison, que le système de nos adversaires nous ferait retourner plus haut même que le droit romain, puisqu'à Rome, grâce à la fiction de l'hérédité jacente, il n'y avait pas de solution de continuité entre la possession du défunt et celle de l'héritier.

103. C'est là un résultat si étrange, que d'autres commentateurs ont proposé quelque chose d'analogue à la rétroactivité de l'adition d'hérédité. C'est l'envoi en possession qui, au point de vue possessoire, aurait un effet rétroactif. « L'envoi en possession, dit-on, est une saisine judiciaire qui produit tous les effets de la saisine légale au profit des successeurs irréguliers ; de sorte qu'ils sont censés avoir la possession dès l'instant de l'ouverture de la succession (1) ». Système admissible en théorie, ajoute M. Laurent, mais qui n'est pas celui de la loi. Ce n'est qu'en vertu d'une fiction que le jugement d'envoi en possession pourrait rendre les successeurs irréguliers

(1) Laurent, t. IX, n° 208.

rétroactivement possesseurs : or, cette fiction n'est pas écrite dans la loi, et l'interprète n'a pas qualité pour créer des fictions.

Et M. Laurent s'élève contre le système de M. Demolombe qui, par une série d'hypothèses, aboutit au même résultat que si les successeurs irréguliers avaient la saisine. Avant l'envoi en possession, d'après M. Demolombe, les successeurs irréguliers n'ont pas la possession héréditaire, puisqu'ils n'ont pas la saisine, et que la saisine c'est, par définition, l'acquisition légale de la possession ; il s'ensuit notamment que, dans cette première période, les successeurs irréguliers ne peuvent prendre possession d'aucun des biens héréditaires, qu'ils ne peuvent exercer aucune des actions qui dépendent de l'hérédité ni en poursuivre les débiteurs ou détenteurs, qu'ils ne peuvent pas non plus être poursuivis par les créanciers héréditaires ou autres intéressés ; qu'enfin s'ils restent dans l'inaction pendant trente ans, à compter du jour de l'ouverture de la succession, leur action à fin d'envoi en possession ou en délivrance est prescrite (1) (Demolombe, n° 156). Mais avec l'envoi en possession, tout change de face. Alors les successeurs irréguliers sont saisis et rétroactivement saisis ; ils sont désormais réputés avoir succédé immédiatement au défunt, sans aucune lacune et sans aucun intermédiaire, *jam tunc a morte*. Et non seulement les successeurs irréguliers, après l'envoi en possession ou la délivrance des biens héréditaires, peuvent se mettre en

(1) Autant de propositions qui sont vraies mais qui, d'après nous, ne découlent nullement de cette idée que la saisine est l'acquisition légale de la possession et que les successeurs non saisis ne sont pas possesseurs en droit.

possession effective de l'hérédité, mais aucune appréhension de fait n'est requise pour qu'ils soient considérés comme possesseurs. En définitive, les successeurs irréguliers ont la saisine de l'hérédité comme les héritiers légitimes, mais une saisine conditionnelle. La condition d'exercice de leur droit, c'est l'envoi en possession (1) : idée très juste et que nous reprendrons tout à l'heure. Mais ce n'est pas sans raison que M. Laurent déclare qu'il ne manque qu'une chose à la thèse de M. Demolombe et à tant de suppositions, c'est l'autorité de la loi (2). Conditionnelle ou non, les successeurs irréguliers auraient la saisine : or, la loi la leur refuse. M. Mourlon, suivant la doctrine du professeur Valette, exposait le même système en termes encore plus nets : « Les successeurs irréguliers acquièrent *ipso jure* les droits actifs et passifs du défunt, et *voluntate judicis*, l'exercice de ces mêmes droits. Pour les héritiers légitimes la saisine est toujours *légale* ; pour les successeurs irréguliers elle est *légale* quant aux droits actifs et passifs du défunt, *judiciaire* quant à l'exercice de ces droits (3) ». Ce système serait rigoureusement exact — et j'admettrai tous les résultats qu'il entraîne — mais la terminologie en est vicieuse et provoque cet argument invincible : Vous accordez la saisine légale à des successeurs non saisis ; or, étant donné l'article 724, il est impossible de prétendre que les successeurs irréguliers aient la saisine des droits et actions du défunt.

104. C'est qu'en effet, dans notre droit, la saisine n'est l'acquisition légale ni de la propriété ni de la possession :

(1) Demolombe, n° 167.
(2) Laurent, n° 238.
(3) Mourlon, t. II, n° 36.

des successeurs non saisis peuvent donc être et sont en effet propriétaires et possesseurs, de plein droit, des biens héréditaires ; c'est l'application du droit commun, la conséquence logique des principes nouveaux consacrés par l'article 711, et non l'effet de l'article 724, comme semblaient le croire M. Demolombe et ses partisans, qui sentaient bien que les successeurs irréguliers devaient acquérir par la force de la loi et la propriété et la possession, mais qui cependant conservaient les termes anciens. Il ne faut donc pas chercher dans l'article 724 le principe de l'acquisition de l'hérédité. L'article 724 ne saurait avoir qu'un sens dans notre droit : il refuse aux successeurs irréguliers l'exercice immédiat des droits et actions dont ils sont dès l'ouverture de la succession titulaires de plein droit. Et si l'on tient à parler encore de saisine, puisque le Code, sans employer ce substantif, déclare saisis les héritiers légitimes, la saisine de l'article 724 pourra être définie, comme jadis, « l'investiture légale de l'hérédité » : mais sous cette réserve que désormais la nécessité d'un « ensaisinement » ne suspend plus le droit même du successible, mais seulement l'exercice de son droit.

On s'accorde généralement à reconnaître que les héritiers saisis ont seuls, avant l'envoi en possession, l'exercice des droits et actions héréditaires. Mais, dans le système que nous avons combattu, on rattache cette prérogative à la qualité de possesseurs, qui n'appartient qu'aux héritiers saisis. « Il est incontestable, dit M. Laurent, que l'héritier légitime a les actions du défunt ; il en a la propriété comme propriétaire de l'hérédité. Mais cela ne suffit pas pour qu'il puisse les exercer. En effet, *exercer une action c'est faire acte de possession* ; donc il faut être possesseur pour agir en justice. C'est dire que l'héritier a l'exer-

cice des actions en vertu de la saisine (1) ». Quelle est cette étrange théorie ? Le propriétaire qui, ayant perdu la possession juridique, exerce l'action en revendication pour recouvrer la chose, agit-il donc en qualité de possesseur ? Qu'il faille être possesseur pour agir au possessoire, très bien, mais qu'importe la possession pour les actions pétitoires ? Loin d'impliquer la possession chez le demandeur, l'action pétitoire est dirigée normalement contre celui qui a la possession ; ce n'est pas sur le *jus possessionis* qu'elle est fondée, mais sur le *jus possidendi*, ce qui est bien différent. Toute action est l'exercice d'un droit, voilà la vérité, et toute action réelle implique le droit de jouir de la chose. Si les successeurs irréguliers ne peuvent intenter les actions héréditaires, c'est précisément parce que la loi leur refuse l'exercice des droits héréditaires. Si, en sens inverse, ils ne peuvent être poursuivis par les créanciers de la succession, cela ne saurait être davantage une conséquence de ce qu'ils n'auraient pas la possession héréditaire. Et, au point de vue de la jouissance des biens de l'hérédité, ce n'est pas seulement la possession civile qui manque aux successeurs irréguliers, c'est le droit de posséder et de se mettre en possession, c'est le droit de détenir les biens héréditaires. En définitive, nos adversaires ne rattachent à la saisine l'exercice actif et passif des droits et actions héréditaires que parce que l'article 724 établit à cet égard une distinction formelle entre héritiers légitimes et successeurs irréguliers, et comme pour eux la saisine, c'est la « saisine de la possession », il faut bien que l'exercice des droits et actions dépende de la possession.

(1) Laurent, nº 224.

C'est toute la première partie de l'art. 724 qui est sacrifiée à cette malheureuse expression d'« envoi en possession », sur la signification et la portée de laquelle on s'est singulièrement mépris.

105. Eh bien ! puisqu'il s'agit d'expliquer l'article 724, de donner un sens à la distinction qu'il consacre entre héritiers saisis et non saisis, que résulte-t-il de ce texte lu sans parti pris ?

1° Que les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, c'est-à-dire qu'ils sont de plein droit propriétaires et possesseurs des biens héréditaires, et qu'ils ont l'exercice de tous les droits compris dans l'hérédité. — Cela, c'est tout simplement la confirmation du droit commun : la suppression de l'article 724 ne modifierait pas la situation des héritiers saisis.

2° Que les successeurs irréguliers doivent au contraire se faire envoyer en possession suivant certaines formes, solliciter l'investiture judiciaire. Étant donné que ces successeurs sont, d'après le droit commun, propriétaires et possesseurs de plein droit des biens héréditaires, cette disposition spéciale ne peut avoir qu'un sens : elle subordonne à l'envoi en possession, pour les successeurs irréguliers, l'exercice actif et passif des droits et actions héréditaires. Jusqu'à l'envoi en possession, les successeurs irréguliers ne sont pas régulièrement investis de l'hérédité à l'égard des tiers. C'est ce que disent très nettement MM. Aubry et Rau, dans une note qu'il est bien difficile de concilier avec la définition que les mêmes auteurs donnent de la saisine héréditaire : « Les successeurs irréguliers et les légataires qui ne jouissent pas de la saisine ne sont admis à former les actions possessoires, comme les actions pétitoires, qu'après avoir obtenu l'envoi en

possession ou la délivrance, et jusque-là ils devraient être déclarés non recevables dans leur demande par défaut de qualité. Mais ce n'est point là une exception au principe de la transmission des avantages de la possession : cela tient uniquement à la circonstance que tant que le titre de ces personnes n'a pas été vérifié par la justice ou par les héritiers intéressés à le contester, elles ne sont pas légalement investies, à l'égard des tiers, de la qualité dont elles se prévalent » (1).

Cela est très exact : sans l'article 724, les successeurs irréguliers auraient, comme les héritiers légitimes, l'exercice des droits et actions héréditaires dès l'ouverture de la succession, parce qu'ils sont, dès cet instant, titulaires de ces droits et actions. Mais par l'effet de l'article 724, les successeurs irréguliers et légataires non saisis sont privés de l'exercice de leurs droits, jusqu'à la vérification du titre qu'ils invoquent (2).

106. Qu'on ne dise pas cependant qu'il y a là un système arbitraire, admis en désespoir de cause, à défaut de toute autre explication plausible de l'article 724. — La distinction qui, d'après nous, existe entre héritiers saisis et successeurs non saisis, répond très bien à la pensée des rédacteurs, au but qu'ils poursuivaient en inscrivant dans notre loi le principe de la saisine. Quel est, en effet, le principe rationnel de la saisine, tel qu'il ressort des travaux préparatoires, de cette phrase même du tribun Siméon, dont j'ai dû critiquer certaines assertions ? C'est qu'il

(1) Aubry et Rau, t. II, § 181, note 3.

(2) Dans le même sens, Demante et Colmet de Santerre, tome III, n° 24 bis, I.

importe que la place du défunt soit immédiatement occupée, c'est qu'il faut, dès l'instant du décès un détenteur des biens héréditaires, qui ait qualité pour agir à l'encontre des débiteurs, comme le défunt l'aurait fait lui-même, et qui réponde envers les créanciers des engagements contractés par le défunt. « L'homme passe, disait Siméon, mais d'autres lui-même continuent sa possession et ferment subitement le vide qu'il allait laisser. » A condition de ne pas donner ici au mot possession un sens trop scientifique, la remarque de Siméon est juste. Grâce à la saisine héréditaire, il y a, dès l'ouverture de la succession un représentant du défunt, puisque certains héritiers ont, dès ce moment l'exercice actif et passif des droits et actions héréditaires. Ces mêmes héritiers ont le droit de s'emparer des biens héréditaires, de se mettre en possession d'eux-mêmes, sans aucune intervention, et ainsi, il n'y a jamais de biens matériellement vacants, d'hérédité jacente. Or, à qui fallait-il reconnaître le droit d'appréhender les biens héréditaires, et l'exercice immédiat des droits et actions du défunt ? Étant donné que tous successeurs, d'après le Code civil, sont, de plein droit, propriétaires et possesseurs, tous, en l'absence de texte, auraient eu le droit d'appréhender les biens vacants, tous auraient eu la saisine, si l'on entend par là l'exercice immédiat des droits héréditaires (1). Et cela n'aurait pas

(1) Dans la pensée des rédacteurs, la saisine était un privilège que les héritiers légitimes n'auraient pas eu eux-mêmes sans un texte exprès : tandis que, sans l'article 724, les principes nouveaux sur la transmission de la propriété auraient entraîné en réalité la concession de la saisine à tous successeurs. Il reste cependant certaines hypothèses où l'héritier saisi jouit d'un véritable privilège qu'il puise dans l'art. 724 : c'est ainsi que l'héritier légitime, en présence du légataire

été sans inconvénient, car parmi ceux que la loi appelle à l'hérédité et qui acquièrent l'hérédité de plein droit, il en est dont le titre n'inspire pas, à priori, une confiance absolue ; il y a des successeurs irréguliers, des légataires dont la vocation à l'hérédité trouble l'ordre idéal des successions. Fallait-il permettre à ces successeurs, souvent étrangers à la famille, de s'immiscer dès l'instant du décès dans les biens héréditaires, et de compromettre peut-être le droit des héritiers légitimes, qui doivent l'emporter, en définitive, s'ils parviennent à faire annuler le titre invoqué contre eux ? Le législateur ne l'a pas pensé. S'inspirant du vieux principe de la conservation des biens dans les familles, il a écarté provisoirement de l'hérédité successeurs irréguliers et légataires, il n'a « saisi » que les héritiers légitimes, qui seuls sont les représentants du défunt, les continuateurs de sa personnalité juridique et qui seuls, en cette qualité, ont la faculté d'appréhender les biens héréditaires de leur propre autorité, et la mission de les administrer. Il ne faudrait cependant pas conclure de là que la continuation du défunt par l'héritier est une conséquence de la saisine, que la saisine seule fait acquérir la qualité d'héritier et le patrimoine envisagé comme une universalité de droits, tandis que les autres successeurs viennent seulement recueillir les biens héréditaires suivant les règles ordinaires de l'acquisition des biens. Les successeurs non saisis, en effet, ne recueillent pas seulement les biens héréditaires considérés *ut singuli*, ils re-

universel non saisi, a la saisine des droits et actions héréditaires sans en être propriétaire ni possesseur. Telle est encore la situation de l'exécuteur testamentaire : pour lui, mieux que pour tout autre, la saisine est le droit de détenir et d'administrer l'hérédité.

cueillent un ensemble de biens, *bona deducto œre alieno*, — et d'autre part, il est tel successeur saisi, le légataire universel dans le cas de l'article 1006, qui ne continue pas la personne du défunt. Ce qui est vrai, c'est que la saisine est donnée, en principe, aux continuateurs du défunt, mais peut l'être aussi à d'autres ; plus exactement, la saisine est refusée, sauf exception, à ceux qui ne représentant pas le défunt, n'ont qualité pour se poser en successibles qu'après vérification de leur titre, titre auquel la loi accorde, à priori, moins de créance qu'à celui des héritiers légitimes. Telle est la différence que le législateur a certainement voulu établir entre successeurs saisis ou non saisis, conférant aux uns l'investiture des droits héréditaires, imposant aux autres l'obligation de requérir l'ensaisinement judiciaire ou la délivrance par l'héritier saisi. La disposition de l'article 1004, suivant laquelle, au cas de concours entre héritiers réservataires et légataire universel, le légataire doit s'adresser aux héritiers et non à la justice pour obtenir la détention des biens héréditaires et l'exercice des droits qu'il tient de la volonté de l'homme, cette disposition est, à la fois, celle qui prête le plus à la critique, et celle qui marque le mieux l'intention du législateur de maintenir à l'encontre des étrangers les prérogatives de la famille. Ce n'est pas seulement comme propriétaire et possesseur actuel de sa réserve, ni comme titulaire éventuel de l'hérédité entière que l'héritier réservataire a la saisine, c'est aussi et surtout en qualité d'héritier légitime, de parent du défunt.

107. Ainsi le système auquel nous avons adhéré, non seulement nous semble seul compatible avec les principes généraux du Code, mais il répond à la pensée des rédacteurs qui voulaient donner une situation privilégiée aux

héritiers et à certains autres successeurs, en leur conférant *de plano* le droit de détenir et d'administrer les biens héréditaires, l'exercice actif et passif des droits et actions compris dans l'hérédité. Les successeurs non saisis, au contraire, tout en étant de plein droit propriétaires et possesseurs de l'hérédité, n'ont pas l'exercice immédiat de leurs droits, et pour être admis à appréhender les biens héréditaires, ils doivent en requérir l'ensaisinement judiciaire, ou solliciter de l'héritier saisi la délivrance de ces biens. Il résulte de là que l'idée spéciale de saisine ne doit intervenir que dans les questions qui concernent spécialement soit la détention et l'administration des biens héréditaires, soit l'exercice actif ou passif des actions du défunt. La saisine de l'article 724 est au contraire sans influence sur l'acquisition de l'hérédité. Le principe de l'acquisition légale, jadis formulé par la maxime : *Le mort saisit le vif*, n'est pas consigné maintenant dans l'article 724, pas plus au point de vue de la possession que de la propriété. Il importerait donc, car bien des erreurs juridiques proviennent souvent d'une terminologie vicieuse, il importerait d'écarter avec soin le mot de saisine de la théorie de l'acquisition légale. Il arrive en effet fréquemment qu'après avoir posé en principe que l'acquisition de l'hérédité, tout au moins l'acquisition de la propriété des biens héréditaires n'est pas une conséquence de la saisine, on énonce des formules comme celle-ci : « L'acceptation de l'hérédité est confirmative de la saisine », ou que l'on discute encore telle controverse qui pouvait avoir sa raison d'être sous l'ancien droit, mais qui n'a plus de sens désormais : ainsi la question de savoir si la saisine opère sous condition suspensive ou sous condition résolutoire. Nous essaierons, après avoir isolé avec soin les effets qu'entraîne la saisine héré-

ditaire ou les problèmes qu'elle soulève encore dans notre droit, d'esquisser la théorie de l'acquisition de l'hérédité en la dégageant de tous éléments hétérogènes ; si nous n'y parvenons pas, car il est des formes de langage dont on se délivre difficilement, nous aurons du moins indiqué une voie où des interprètes plus habiles pourront réussir après nous.

CHAPITRE II

DES CONSÉQUENCES PRATIQUES DE LA SAISINE

108. Le principe de l'article 724 entraîne d'abord cette conséquence indiscutable que les héritiers ou successeurs saisis ont seuls le droit d'appréhender les biens héréditaires de leur propre autorité, dès l'ouverture de la succession. Si donc, en fait, un successeur irrégulier ou un légataire universel non saisi avait mis la main sur l'hérédité, les héritiers seraient reçus à réclamer la restitution des biens héréditaires qu'ils ont seuls qualité pour détenir et administrer jusqu'à la délivrance consentie par eux ou à l'envoi en possession.

109. Mais si aucun successeur irrégulier, si aucun légataire universel en présence d'héritiers réservataires, ne peut exercer les prérogatives de la saisine, tous les autres successibles ont-ils indistinctement et collectivement la saisine dès l'instant du décès ? Suffit-il d'être parent légitime du défunt, ou légataire universel au cas de l'article 1006, pour être en droit d'appréhender immédiatement les biens de la succession, pour avoir l'exercice des droits et actions héréditaires et être exposé aux poursuites des créanciers ? N'est-il pas nécessaire, en outre, de venir en rang utile à la succession, d'être non seulement parent mais héritier, et héritier *primo gradu* ? C'est le

problème de la saisine collective, que la doctrine et la jurisprudence résolvent en sens contraire.

Jadis, le problème ne se posait pas. La formule de l'article 318 Coutume de Paris : « Le mort saisit le vif, son hoir le plus proche et habile à succéder », excluait toute idée de saisine collective. Il s'ensuivait que pour jouir des prérogatives de la saisine, le successible devait prouver non seulement qu'il était appelé éventuellement à recueillir l'hérédité, mais qu'il y était appelé en qualité d' « hoir plus proche » : et il n'était exposé aux actions des créanciers héréditaires que s'il était le plus proche héritier connu. Mais la rédaction de l'article 724, ici comme sur d'autres points, diffère de celle de l'article 318 de la Coutume : « Les héritiers légitimes sont saisis..... » De cette formule nouvelle, ne résulte-t-il pas, a-t-on pu dire, que désormais tous les héritiers légitimes, et non plus seulement le *proximus heres,* sont collectivement saisis de l'hérédité ? Et, à l'appui de cette thèse, on fait valoir d'autres arguments de texte : les articles 785 à 789, dit-on, impliquent l'idée de saisine collective. L'article 811 vient encore confirmer cette idée. Il suit, en effet, de ce texte que, pour qu'une succession soit réputée vacante, il faut qu'il n'y ait pas d'héritier connu, ou que les héritiers connus aient renoncé : or, dans l'ancien droit, la vacance était déclarée dès que le plus proche héritier avait renoncé. Pourquoi l'innovation de l'article 811, sinon parce qu'une succession n'est vacante que lorsqu'il n'y a plus aucun héritier saisi, et parce que, désormais, tous héritiers légitimes sont collectivement saisis ? Quant au fondement rationnel de la saisine collective, on invoque la notion de la copropriété de famille, qui justifie non seulement le droit de succession de tous les parents jusqu'au degré reconnu

par la loi, mais la saisine de tous les héritiers légitimes.

A cet argument historique, les adversaires de la saisine collective opposent le texte de l'article 318. Si le principe de la copropriété de famille entraînait forcément la saisine collective, cette saisine n'aurait-elle pas été admise dans notre ancien droit, qui plus encore que le droit moderne, avait subi l'influence des traditions germaniques (1)? On ajoute que la différence de rédaction des articles 318 et 724 ne prouve nullement l'intention du législateur d'étendre le champ d'application de la saisine. Quant aux articles 785 à 790, on les explique sans recourir au principe de la saisine, et il faut en effet les laisser en dehors du débat, car il n'y a, à notre avis, aucun rapport entre l'idée de saisine et les solutions consacrées dans ces textes.

110. Le problème est insoluble, si l'on n'en pose pas exactement les termes, si l'on ne précise pas ce que l'on entend par cette expression de « saisine collective », nécessairement vague comme le mot de saisine lui-même.

Il y a, en effet, une première question : A partir de quel moment chaque successible acquiert-il l'hérédité ? Et cette question, on la formule souvent : Quand chaque successible est-il « saisi » de l'hérédité? Ce qui est inexact et rend plus confuse encore la controverse sur la saisine collective. A cette question la réponse est très simple : les successibles ont tous, quel que soit leur rang, un droit dès l'ouverture de la succession : mais tandis que les successibles *primo gradu* ont un droit actuel, les autres n'ont qu'un droit éventuel, subordonné à la renonciation des précédents. Ce droit, actuel ou éventuel, que tout suc-

(1) D'ailleurs la copropriété de famille ne saurait justifier la saisine du légataire universel.

cessible, héritier ou non, tient immédiatement de la loi ou de la volonté de l'homme, ce n'est pas la saisine, et il appartient indistinctement aux successeurs non saisis comme aux successeurs saisis. Inversement, il serait trop simple d'écarter l'idée de saisine collective, par cette seule raison que les successibles, tant que l'hérédité ne leur a pas été dévolue, n'ont pas un droit *actuel* à l'hérédité.

La saisine consiste en ceci, que le successeur saisi, quel qu'il soit, acquiert simultanément le droit et l'exercice du droit, tandis que le refus de la saisine suspend l'exercice du droit par le titulaire actuel.

La saisine ne signifie pas qu'on ait l'exercice d'un droit avant d'avoir acquis ce droit, qu'on ait, suivant l'expression de Bugnet, « l'anticipation légale de la possession » ou de la propriété héréditaire.

Ces principes posés, j'en conclus que tous les successibles appartenant à la catégorie des héritiers saisis sont également privilégiés au point de vue de la saisine, puisque tous ont, quel que soit leur rang, l'exercice immédiat des droits qui leur sont déférés. En d'autres termes, il n'y a aucune préférence au profit de l'héritier *primo gradu*, quant à l'exercice des droits héréditaires. Comme lui, les autres successibles jouissent des droits héréditaires dès qu'ils ont acquis ces droits. Si l'héritier plus proche a, avant eux, la saisine dans toute sa plénitude, c'est qu'il a, avant eux, un droit actuel, c'est que l'hérédité lui est dévolue d'abord. C'est donc au point de vue de l'acquisition et non de l'exercice du titre que l'héritier *primo gradu* est dans une situation privilégiée. C'est le droit même des autres successibles, et non leur saisine, qui est affecté d'une condition suspensive. On dit cepen-

dant que les successibles sont saisis sous condition suspensive : qu'est-ce que cela peut signifier, alors que ce mot implique la possibilité immédiate et actuelle d'agir ou d'être actionné? L'idée, en outre, est inexacte, ce n'est pas seulement l'exercice du droit, c'est le droit lui-même qui est affecté d'une condition suspensive. Avant la renonciation de l'héritier *primo gradu*, les autres successibles ont nécessairement un droit puisqu'après dévolution de l'hérédité, ils tiendront leur droit, de la loi ou du testament et non de l'héritier plus proche : mais c'est un droit conditionnel, un droit qui reste en suspens jusqu'à la renonciation du *proximus heres*. Mais au point de vue de la saisine, pourquoi attribuer une saisine sous condition suspensive au successible qui n'étant pas titulaire définitif des droits héréditaires, ne saurait avoir l'exercice de ces droits? Ce successible aura, dès l'instant de la dévolution, l'exercice immédiat des droits héréditaires, non parce qu'il avait déjà la saisine sous condition suspensive, mais par ce motif très simple qu'en principe on peut exercer les droits dont on est titulaire et qu'aucune disposition spéciale analogue à celle de l'article 724, ne vient suspendre cette faculté pour les successibles saisis, quel que soit l'instant de la dévolution.

111. Jusqu'ici, j'ai insisté sur cette idée que les successibles *non proximi* n'ont pas un droit actuel et dès lors, ne sauraient avoir aucune des prérogatives qui impliquent un pareil droit chez celui qui les réclame. Mais, dès l'ouverture de la succession, tous les successibles ont, je l'ai dit, un droit éventuel et, en conséquence, ils jouissent immédiatement, s'ils sont saisis, des prérogatives que leur confère ce droit éventuel. Quand donc on veut définir, au point de vue de la saisine, la situation juridique

des successibles autres que le *proximus heres*, il faut, avant tout, rechercher si le droit ou l'action que le successible prétend exercer implique chez lui un droit éventuel ou actuel à l'hérédité. Tout successible saisi peut exercer immédiatement le droit dont il est titulaire : mais l'étendue de ses prérogatives varie suivant que le droit qu'il invoque est un droit actuel ou éventuel ; c'est-à-dire qu'en pratique, le successeur saisi, pour accomplir certains actes, devra prouver le droit actuel sans lequel il n'aurait pas qualité pour faire ces actes, et alors établir, non seulement qu'il est héritier, mais qu'il est le plus proche héritier ; quant aux actes qui n'impliquent chez leur auteur qu'un droit éventuel, le successible saisi sera admis à les faire, par cela seul qu'il est successible, quel que soit son rang.

Tous les successeurs à qui la loi ne refuse pas la saisine sont donc, si l'on veut, collectivement saisis, dès l'instant du décès, en ce sens que tous jouissent immédiatement des prérogatives que leur droit leur confère. Mais l'étendue de ces prérogatives varie considérablement suivant que le successible saisi a un droit actuel ou éventuel à l'hérédité.

C'est en partant de ce principe que je donnerai diverses solutions admises, les unes par les partisans de la saisine collective, les autres par ses adversaires.

112. J'accorderai d'abord à tout héritier saisi la faculté d'appréhender les biens héréditaires, et de les administrer provisoirement : non que je reconnaisse aux successibles d'un rang quelconque la plénitude de la saisine, mais parce que le droit éventuel de tout successible me semble autoriser la prise de possession. A priori, toute personne éventuellement appelée à recueillir l'hérédité a, par là même, le

droit de requérir des mesures conservatoires, de maintenir l'intégrité du patrimoine. Si le législateur a interdit aux successeurs non saisis de concourir personnellement à cette œuvre en s'immisçant dans les biens de l'hérédité, il a voulu, au contraire, autoriser tous successeurs saisis à prendre en main l'administration des biens vacants dès l'instant du décès. Pour que le but poursuivi soit atteint, il faut que les parents présents sur les lieux puissent prendre possession des biens héréditaires, quel que soit leur titre, et alors même qu'il y aurait des parents plus rapprochés ; il faut en outre qu'ils puissent faire les actes de pure administration, ceux du moins qui sont permis aux administrateurs de la fortune d'autrui. Le législateur a pensé que la gestion intérimaire du patrimoine jacent devait appartenir à quelqu'un qui eût un intérêt personnel à le bien gérer : or, le droit éventuel de tout successible est une garantie suffisante. C'est ainsi que l'héritier légitime en concours avec des successeurs irréguliers, l'héritier réservataire saisi en présence du légataire universel, chacun de ces héritiers administre en partie pour le compte du légataire ou des successeurs irréguliers : et quant aux biens dont il a ainsi la saisine sans en être propriétaire ni possesseur, j'estime qu'il ne fait valablement que les actes de pure administration, ceux qui ne seraient pas considérés comme actes d'héritier, si l'héritier saisi les avait accomplis pour lui-même ; parce qu'en effet la saisine est complètement refusée aux successeurs irréguliers et aux légataires il ne s'ensuit pas que les héritiers saisis à leur place aient la plénitude de la saisine ; quand il n'y a pas d'héritiers légitimes, les successeurs irréguliers n'en doivent pas moins réclamer l'envoi en possession, et, dans l'intervalle, personne n'est saisi. Il me semble enfin que l'article

811, que les partisans de la saisine collective invoquent, je l'ai dit, à l'appui de leur thèse, vient du moins à l'appui de cette idée que tout héritier (ce terme, dans l'article 811, ne comprend pas les successeurs irréguliers), peut appréhender et administrer les biens héréditaires, puisque tant qu'il y a un héritier connu, il n'est pas nommé de curateur, c'est-à-dire d'administrateur à la succession vacante : n'est-ce point parce que tout parent du défunt a droit à la détention de l'hérédité ? On nous dit, il est vrai, que les héritiers légitimes sont successivement saisis, et qu'il faut ainsi que tous aient renoncé pour que la succession soit réputée vacante. Mais le texte ne spécifie pas que la saisine soit successivement déférée suivant l'ordre de la dévolution héréditaire, et je crois que le but pratique de la saisine ne saurait être atteint que si les successeurs saisis sont indistinctement admis à appréhender les biens héréditaires et à les administrer provisoirement. Si l'héritier *primo gradu* survient et trouve l'hérédité aux mains d'autres successibles, il réclamera la restitution des biens héréditaires sans faire par là acte d'héritier, et il lui sera inutile d'exercer la pétition d'hérédité : et cette réclamation n'aura pas d'effet rétroactif, en ce sens que les autres successibles ayant régulièrement détenu les biens héréditaires, auront valablement fait tous actes de pure administration : il en serait différemment des successeurs irréguliers contraints à restituer les biens héréditaires ; ils auraient à répondre des suites de leur administration.

113. Mais si l'administration des biens héréditaires peut appartenir aux héritiers subséquents, en vertu de leur titre et de leur droit éventuel à l'hérédité, ils ne sauraient être admis, sous prétexte de saisine, à accomplir *de plano* des actes de disposition relativement au patri-

moine vacant, à exercer les droits et actions héréditaires comme s'ils étaient titulaires actuels de l'hérédité. La saisine, je le répète, n'est pas l'anticipation légale de la possession ni de la propriété héréditaires : la saisine ne confère aucun droit, c'est l'exercice des droits que l'on a. On a surtout discuté le problème de la saisine collective à l'occasion des aliénations consenties par l'héritier apparent. Ces aliénations doivent-elles être maintenues ? Oui, répond la jurisprudence, parce que les héritiers légitimes sont collectivement saisis de l'hérédité, et que, s'ils n'avaient pas le droit d'aliéner les biens héréditaires comme propriétaires éventuels de ces biens, ils les ont valablement aliénés au contraire, en qualité d'héritiers saisis. Il me paraît très douteux que la saisine confère le droit d'aliénation à ceux qui, en vertu de leur seul titre d'acquisition, n'auraient pas qualité pour aliéner. C'est ainsi que l'héritier légitime en concours avec des successeurs irréguliers, l'héritier réservataire en présence d'un légataire universel ont certainement la saisine, aux termes mêmes de la loi : j'estime cependant qu'ils n'auraient le droit d'accomplir des actes de disposition que dans la mesure de leur droit personnel et actuel à une quote part de l'hérédité.

114. L'héritier *primo gradu* étant seul propriétaire et possesseur, créancier et débiteur, dès l'instant du décès, aura seul l'exercice des actions héréditaires et sera seul tenu de défendre aux poursuites des créanciers. On a dit cependant que les parents plus éloignés pourraient revendiquer l'hérédité à l'encontre d'un tiers possesseur. MM. Aubry et Rau, qui rejettent la saisine collective, admettent cette solution, qu'ils motivent d'une façon assez ingénieuse : « Les parents plus éloignés, disent ces auteurs,

revendiquent en effet l'hérédité à raison du lien de parenté existant entre eux et le défunt, c'est-à-dire en vertu d'un titre nécessairement supérieur à la présomption de propriété qu'engendre la possession des biens héréditaires en faveur des tiers qui les détiennent. Ces derniers tenteraient donc en vain de se défendre en contestant aux revendiquants la qualité d'héritiers, puisque d'une part ils ne peuvent pas se prévaloir de cette qualité, et que, d'autre part, il ne leur est pas permis d'exciper des droits d'autrui, c'est-à-dire des droits des parents les plus proches (1). » Cela serait très bien si le défendeur avait à faire la preuve le premier : malheureusement, cette charge incombe d'abord au demandeur, or l'héritier plus éloigné se peut pas plus que le défendeur prouver son titre actuel d'héritier, et il ne peut être admis davantage à exciper des droits d'autrui, à invoquer les droits du *proximus heres* à l'appui de sa demande. Le titre de parent ne justifierait la prétention du demandeur que si la copropriété de famille était dans notre droit un principe juridique : or, il n'en est pas ainsi. La solution d'Aubry et Rau est restée isolée : Demolombe et M. Laurent l'ont rejetée (2), et il y a même un arrêt en sens contraire (3), ce qui est assez remarquable, puisque la jurisprudence admet généralement l'idée de saisine collective et en exagère les conséquences.

115. Seul, je l'ai dit, l'héritier *primo gradu* répond des engagements du défunt vis-à-vis des créanciers héréditaires, tant qu'il n'a pas renoncé à l'hérédité. Les autres successibles, alors même qu'en fait, ils détiendraient et

(1) Aubry et Rau, § 609, note 27.

(2) Demolombe, t. XIII, n° 236 ; Laurent, t. IX, n° 236.

(3) Douai, 23 avril 1866, D. 1868, I, 266.

administreraient la succession, pourraient donc opposer aux créanciers héréditaires l'existence d'héritiers plus proches, et il semble même que les créanciers devraient prouver, pour justifier leur prétention, la qualité de *proximus heres* chez celui à qui ils s'adressent. Cependant, cette condition serait très rigoureuse, et imposerait souvent aux créanciers une preuve négative : et il a été jugé avec raison que l'héritier *primo gradu,* étant passivement saisi des droits et actions héréditaires, pourrait être condamné au paiement d'une dette du défunt, alors même qu'il n'aurait été actionné qu'en son nom personnel (1). C'est précisémen pour permettre à l'héritier saisi d'écarter momentanément les actions des créanciers héréditaires que la loi lui accorde une exception dilatoire. L'exception dilatoire est d'autant plus utile à l'héritier *primo gradu* investi de l'hérédité qu'en défendant à l'action des créanciers il ferait acte d'héritier ; car le fait de défendre aux actions héréditaires est un de ces actes que l'héritier ne peut faire qu'en cette qualité ; il implique la qualité de représentant du défunt chez le défendeur. Les autres successibles n'étant actuellement ni héritiers, ni représentants du défunt, ne peuvent donc être actionnés par les créanciers héréditaires, et ils n'auront à invoquer l'exception dilatoire qu'à partir de la dévolution, comme les successeurs non saisis à dater de l'envoi en possession.

En résumé, les successeurs non saisis, avant l'envoi en possession ou la délivrance, n'ont ni le droit d'appréhender les biens héréditaires, ni l'exercice actif ou passif des droits et actions héréditaires. Quant aux successeurs saisis, ils peuvent, quel que soit leur rang, s'emparer des

(1) Cass., 9 janvier 1860 ; S. 1860. I. 652 ; D. 1860. I. 83.

biens héréditaires et les administrer, ils peuvent faire les actes qui n'impliquent pas nécessairement la qualité d'héritier ; mais l'héritier *primo gradu* a seul le droit d'aliéner les biens de la succession, il a seul l'exercice actif et passif des actions héréditaires, parce que seul il est actuellement titulaire du patrimoine.

CHAPITRE III

DE L'ACQUISITION LÉGALE DE L'HÉRÉDITÉ

115. Il s'agit maintenant de déterminer, indépendamment de toute question de saisine, comment s'acquiert l'hérédité, comment l'héritier devient titulaire du patrimoine du défunt, propriétaire et possesseur des biens héréditaires.

Quel que soit le titre du successible, qu'il vienne à la succession par la désignation de la loi ou par la volonté de l'homme, tout successible, héritier, successeur irrégulier ou légataire universel, acquiert dès l'ouverture de la succession un droit actuel ou conditionnel sur le patrimoine : droit actuel, s'il vient le premier suivant l'ordre de la dévolution successorale, droit conditionnel, s'il y a des successibles plus proches.

Tout successible en effet, acquiert l'hérédité en vertu de la loi ou du testament. Cela résulte des articles 711 et 1014. La succession testamentaire ou ab intestat est un mode d'acquérir. Le testament peut n'avoir force exécutoire qu'après vérification, l'exercice des droits du légataire universel peut être suspendu jusqu'à la délivrance consentie par l'héritier, mais le droit même du légataire naît à l'instant du décès. De même, la loi, titre commun de tous les successeurs ab intestat, confère immédiatement un droit aux successibles de tout rang : mais tandis que

les héritiers premiers en rang ont un droit actuel, sont titulaires de l'hérédité sous la condition résolutoire de leur renonciation, les successibles plus éloignés n'ont qu'un droit affecté d'une condition suspensive : cette condition, c'est la renonciation des successibles *proximo gradu* qui, en même temps qu'elle anéantit rétroactivement le droit des uns, opère dévolution au profit des autres, avec effet rétroactif.

1° L'héritier *primo gradu* est titulaire de l'hérédité sous la condition résolutoire de sa renonciation.

116. C'est ce qu'on exprime souvent en disant que l'héritier plus proche est « saisi » de l'hérédité sous condition résolutoire ; suivant une formule opposée, que défendent encore certains interprètes, le successible serait saisi sous condition suspensive.

J'ai dit comment, d'après moi, il n'y avait pas à parler ici de saisine. On peut seulement se demander si l'héritier premier en rang est titulaire de l'hérédité sous la condition résolutoire de sa renonciation ou sous la condition suspensive de son acceptation.

Pour soutenir l'idée de « saisine », c'est-à-dire d'acquisition sous condition suspensive, on a invoqué l'article 777 d'après lequel « l'effet de l'acceptation remonte au jour de l'ouverture de la succession ». La rétroactivité de l'acceptation, a-t-on dit, implique qu'il y a eu un intervalle pendant lequel les choses étaient en suspens : donc la saisine opère sous condition suspensive. Ce qui affaiblit singulièrement l'argument tiré de l'article 777, c'est l'article 785 aux termes duquel « l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier. » L'argument de l'article 777 est ainsi

neutralisé par un argument de même force et en sens contraire, tiré de l'article 785. A vrai dire, ces deux textes, sont inconciliables en théorie, bien qu'empruntés à la même phrase de Pothier. C'est que Pothier s'était placé au point de vue des résultats pratiques, et c'est ainsi qu'il avait pu attribuer un effet rétroactif, à la fois à l'acceptation et à la renonciation.

La doctrine de la saisine sous condition suspensive se prévaut alors de l'article 775, qui formule l'ancien principe des coutumes : « Nul n'est héritier qui ne veut ». Mais à ce texte on peut encore opposer l'article 784 : « La renonciation à une succession ne se présume pas. »

Pour trancher le débat, on invoque en général, avec l'article 724, les articles 800 C. C. et 174. C. Pr. Il résulte de ces deux derniers textes qu'après les délais accordés à l'héritier saisi, l'héritier, n'ayant plus l'exception dilatoire, peut être condamné personnellement comme héritier, alors même qu'il n'a pas pris parti et refuse de prendre parti. Donc, dit-on, la saisine opère sous condition résolutoire. Tout en répudiant cette terminologie, nous dirons aussi que l'héritier *primo gradu* est titulaire du patrimoine sous condition résolutoire (1). S'il en était autrement en effet, il ne pourrait être condamné en qualité d'héritier avant son acceptation : on concevrait seulement que les créanciers héréditaires eussent contre lui une action pour le forcer à pren-

(1) Remarquons d'ailleurs, que, suivant le principe que nous avons admis au chapitre précédent, l'héritier ne peut avoir l'exercice des droits héréditaires que s'il en est titulaire actuel ; c'est ainsi que l'on peut dire que l'acquisition de l'hérédité sous condition résolutoire entraîne la saisine sous condition résolutoire ; mais en posant la controverse dans les termes que nous avons critiqués, on semble faire de la saisine le principe de l'acquisition de l'hérédité, ce qui est inexact.

dre parti: cette action n'existe pas en droit français, elle n'est pas même accordée aux successibles plus éloignés, pour presser l'option de l'héritier; mais l'héritier *primo gradu*, aux termes des art. 800 C. C. et 174 Pr. Civ. peut être condamné en qualité d'héritier pur et simple, à la requête des créanciers héréditaires, dès lors qu'il ne peut plus invoquer d'exception dilatoire. C'est une preuve qu'il est actuellement titulaire de l'hérédité, et responsable comme tel des engagements du défunt. La doctrine de l'acquisition sous condition suspensive avait été soutenue déjà dans notre ancien droit. Loysel, Ferrière, Lebrun, disaient que sans doute l'héritier était saisi mais que la saisine introduite en sa faveur ne pouvait être rétorquée contre lui: et ils concluaient que l'héritier ne pouvait être condamné en qualité d'héritier que s'il avait accepté la succession. Repoussée déjà par l'ordonnance de 1667, cette doctrine l'est certainement pour l'article 800 C. C. et l'article 174. C. Pr.

117. Il est d'ailleurs conforme aux principes que l'héritier plus proche soit immédiatement titulaire de l'hérédité. Si, en effet, la succession est, dans notre droit, un mode d'acquérir, quel pourrait être l'obstacle à l'acquisition immédiate de l'hérédité par celui à qui elle est dévolue en première ligne? On objecte « l'effet rétroactif de l'acceptation. » Or, l'article 777 emprunté, je l'ai dit, à Pothier, semble inspiré d'un texte romain la L. 54 D. 29, 2, qui consacrait l'effet rétroactif de l'adition. En droit romain, en effet, la fiction de rétroactivité se concevait et avait une grande importance puisque le droit romain subordonnait à l'adition l'acquisition de l'hérédité (1). Mais

(1) AUBRY et RAU, § 611 bis, note 41. Et cela, disent ces auteurs

en est il encore de même aujourd'hui? L'acceptation de l'héritier n'est-elle autre chose que l'adition romaine? Nullement. Que signifierait alors l'article 711?

Et l'on dit encore qu'il n'y a plus, dans notre droit, d'héritiers nécessaires, que « nul n'est héritier qui ne veut. » Qui le conteste? L'acquisition légale n'implique pas l'acquisition forcée. Investi de l'hérédité par la loi, l'héritier *primo gradu* peut la répudier, il peut abdiquer son droit, et alors il sera censé n'avoir jamais été héritier. Mais faut-il qu'il manifeste son intention d'accepter pour être héritier et traité comme tel? Aucun texte ne l'exige, et de l'article 800 notamment on peut, au contraire, argumenter dans le sens de la négative. Ce n'est donc pas la formule de l'article 785, mais bien celle de l'article 777 qui est inexacte en droit. L'acceptation ne saurait avoir aucun effet rétroactif, car elle ne fait acquérir aucun droit nouveau, elle rend seulement définitive l'acquisition de l'hérédité : comme on l'a dit très souvent, elle n'est que « la renonciation du droit de renoncer. » On dit encore qu'elle est confirmative de la saisine : mais je n'ai plus à faire la critique de cette expression, qui, comme tant d'autres, semble fonder sur la saisine la transmission héréditaire.

118. Tout en reconnaissant que l'article 777 n'avait pas, dans notre droit, la même raison d'être que la règle de l'effet rétroactif en droit romain, on a cherché si ce texte n'était pas encore de quelque utilité. Il en résulte d'abord, a-t-on dit, que l'acceptation ne pourrait être faite *ex die* : ce qui est sans intérêt pratique. Mais l'article 777 aurait d'autres conséquences, il suit en effet de ce texte que

parce que le droit romain « n'admettait pas la saisine légale. » Que vient faire ici la saisine?

« l'acceptation rétroagit au jour de l'acceptation de l'hérédité même dans le cas où elle émane, soit d'un héritier ayant perdu la saisine par suite de sa renonciation, soit d'un successible non encore saisi, à raison de la présence d'un parent plus proche, soit enfin d'un successeur irrégulier qui ne jouit pas de la saisine (1) ». Dans la première de ces trois hypothèse, l'article 777 peut être, en effet, de quelque utilité : quand l'héritier *primo gradu*, après renonciation, revient sur sa décision première, en usant de la faculté que lui accorde l'article 790, on aurait pu se demander s'il serait censé succéder au défunt dès l'instant du décès, ou seulement à partir de son acceptation définitive ; le doute venant alors non de cette circonstance que l'héritier *primo gradu* a perdu la saisine en renonçant à l'hérédité, mais de ce qu'il a perdu son droit, son titre même résolu par sa renonciation antérieure. Quand, au contraire, il s'agit d'un successible plus éloigné, l'article 777 est inutile, si l'on admet avec nous que tous les successibles ont un droit, actuel ou conditionnel, dès l'ouverture de la succession : ce n'est pas alors l'acceptation du successible plus éloigné, c'est la renonciation de l'héritier *primo gradu* qui confère rétroactivement au successible la propriété et la possession des biens héréditaires. Et l'envoi en possession des successeurs irréguliers ne saurait avoir non plus d'effet rétroactif, puisque cette formalité ne leur donne que l'exercice de droits acquis dès l'instant de la délation.

C'est précisément parce que l'héritier *primo gradu* est titulaire de l'hérédité sous la condition résolutoire de sa renonciation que l'acceptation, aux termes de l'article 778,

(1) Aubry et Rau, t. VI, § 611 bis, note 41 *in fine*.

peut être expresse ou tacite, tandis que la renonciation ne se présume pas, mais doit intervenir par déclaration au greffe du tribunal (article 784). Quand, en effet, l'héritier *primo gradu* veut renoncer à la succession, il aliène une partie de son patrimoine actuel, et il y a là un acte grave, que l'on ne saurait présumer, et qu'il convient de porter à la connaissance des tiers ; l'acceptation, au contraire, ne modifie pas le patrimoine de l'héritier ; elle rend seulement définitive l'acquisition de l'hérédité, en privant l'héritier du droit de renoncer : or, quand l'héritier a fait un acte qu'il n'avait droit de faire qu'en qualité d'héritier (article 778), il a par là même manifesté son intention de se comporter comme héritier, et dès lors il ne doit plus être admis à renoncer. C'est parce que l'acte d'héritier fait présumer chez le successible l'intention de rester héritier qu'un pareil acte entraîne acceptation tacite. Il faut moins s'attacher à la nature intrinsèque de l'acte, qu'à l'intention de l'héritier (1).

(1) En droit romain déjà et malgré la définition rigoureuse en apparence de la *pro herede gestio* : *Pro herede gerit qui rebus hereditariis quasi dominus utitur* (Ulp. Reg. XXII. 26) on considérait que pour déterminer s'il y avait eu *pro herede gestio* et partant adition, il fallait avant tout rechercher l'intention de l'héritier. De même, dans notre ancien droit, Domat décidait qu'il y avait acceptation si l'héritier avait voulu accepter : « L'héritier qui s'est mis en possession d'un bien qui n'était pas de l'hérédité, mais que, par une erreur de fait, il croyait en être, fait par cela même un acte d'héritier, car il explique son intention d'accepter cette qualité. » (Domat, II. I. 3, sect. 1, n° 7). Actuellement, nous estimons qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait acceptation tacite, que les deux conditions de l'art. 778 soient réunies (1° acte supposant l'intention d'accepter, 2° acte qui n'ait pu être fait par le successible qu'en qualité d'héritier), et de ces deux conditions, c'est la première qui nous semble essentielle, l'autre n'étant pas le commentaire de la précédente. Telle n'est

L'acceptation tacite résulte donc de tout acte que le successible a accompli en qualité d'héritier. Elle peut encore résulter, car l'article 778 n'est pas limitatif, mais énonce le cas le plus pratique d'acceptation tacite, elle peut résulter du silence gardé par l'héritier pendant trente ans (article 789). Mais cette proposition est très controversée, et il convient de rappeler le débat qui s'est élevé à cette occasion, et de justifier notre solution du problème.

2° L'héritier *primo gradu*, après trente ans, est définitivement titulaire de l'hérédité.

119. Aux termes de l'article 789, « la faculté d'accepter ou de répudier une succession se prescrit par le laps de temps requis pour la prescription la plus longue des droits immobiliers. » — C'est-à-dire par trente ans.

pas la solution d'Aubry et Rau. Ces auteurs estiment que « tout acte que le successible a été en droit de faire en une autre qualité que celle d'héritier n'emporte pas acceptation tacite » (t. VI, § 611 bis, notes 9 à 10). Qu'un pareil acte n'entraîne pas nécessairement acceptation tacite, cela est évident. Mais il emportera acceptation si l'intention de l'héritier vient à être prouvée : car le fondement de l'acceptation tacite n'est pas, comme je le dis au texte, la nature même de l'acte, mais l'intention de l'héritier en faisant cet acte. L'idée maîtresse de l'article 778 c'est qu'un acte entraîne acceptation tacite, lorsqu'il implique chez l'héritier l'intention d'accepter. Or, parmi les actes de ce genre, il en est de si énergiques qu'ils entraînent nécessairement acceptation tacite, et cela malgré les dénégations ultérieures du successible : ce sont les actes que le successible n'a pu accomplir qu'en qualité d'héritier. Voilà ce qu'a voulu dire le législateur. Mais d'autres actes emporteront acceptation, si le successible a cru les accomplir comme héritier. — D'après la jurisprudence, il appartient aux tribunaux de décider, en fait, quelle a été l'intention de l'héritier. Cassat. 1889. S. 90. 1. 364.

Il paraît d'abord ressortir de ce texte que l'héritier ne conserve pas indéfiniment le droit d'option que lui accorde notre loi, mais que la prescription intervient après trente ans pour fixer définitivement la situation de l'héritier légalement investi de l'hérédité.

Mais l'article 789 ne dit pas nettement quelle est, après trente ans, la situation de l'héritier qui n'a pas pris parti : et la rédaction de ce texte est si embarrassée, qu'on a pu proposer une vingtaine de systèmes pour l'expliquer et que, malgré les efforts des interprètes, l'article 789 passe encore pour une « énigme juridique ».

120. Avant tout, il faut bien poser la question et écarter les hypothèses que l'art. 789 ne vise certainement pas.

C'est ainsi que la prescription trentenaire de l'art. 789 n'est pas la prescription de la pétition d'hérédité. C'est par exemple un héritier qui, ayant accepté la succession, ne se met pas en possession; un successible plus éloigné s'empare des biens héréditaires et les possède pendant trente années : l'héritier dès lors ne peut plus réclamer les biens héréditaires, il y a prescription de la pétition d'hérédité : ce n'est pas la prescription de l'article 789. Il s'ensuit notamment que s'il s'est écoulé plus de trente ans, depuis la délation de l'hérédité, mais moins de trente ans depuis la prise de possession par un successible plus éloigné, ce successible ne serait pas reçu à prétendre que la pétition d'hérédité est prescrite par application de l'article 789 (1). La prescription de la pétition d'hérédité ne peut commencer à courir que du moment où est née cette action, c'est-à-dire à partir de la prise de possession.

(1) C'est cependant ainsi qu'un arrêt de la Cour de Bourges a interprété l'art. 789: « Le successible qui garde le silence pendant 30 ans

L'article 789 suppose seulement que l'héritier n'a pas pris parti, et du silence qu'il a gardé pendant trente ans, il déduit une prescription. Quelle est cette prescription, sur quel droit porte-t-elle, voilà le point controversé ? La difficulté vient de ce que l'article 789 semble déclarer prescrites, après trente ans, deux facultés exclusives l'une de l'autre. Mais il faut remarquer :

1° Que l'article 789 ne déclare pas *cumulativement* prescrites la faculté d'accepter et la faculté de renoncer ; ce qui condamne tout système suivant lequel l'héritier serait à la fois acceptant et renonçant. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Paris, du 3 février 1848, a refusé de considérer l'héritier comme définitivement titulaire du patrimoine et obligé aux dettes héréditaires après expiration du délai de trente ans, « considérant que si l'on devait interpréter en ce sens l'article 789, qu'il déclare prescriptible par trente années, le droit de répudier une succession, ces dispositions seraient évidemment contradictoires entre elles, puisqu'il déclare prescriptible par le même laps de temps le droit d'accepter, et qu'il serait déraisonnable d'admettre que le successible se trouvât à la fois privé des charges de l'hérédité par la prescription du droit de renoncer, et privé de son émolument par la prescription du droit d'accepter. » Il est, en effet, inadmissible que l'héritier, après trente ans, reste héritier au point de vue passif, sans l'être au point de vue actif : mais il serait facile de retourner le raisonnement de l'arrêt que nous venons de citer, et de conclure de la prescriptibilité du droit de renoncer à l'im-

à partir de l'ouverture de la succession est déchu de l'action en pétition d'hérédité, au regard de ses co-successibles ou des successibles du degré subséquent qui se sont mis en possession de la succession (C. C. 789). » — Bourges, 28 nov. 1871. S. 1872. 2. 299.

prescriptibilité du droit d'accepter; s'il est, en effet, contradictoire d'admettre à la fois la prescription du droit d'accepter et la prescription du droit de renoncer, il n'y a rien dans l'article 789 qui permette d'affirmer que l'un de ces droits plutôt que l'autre, soit prescriptible; il est donc impossible de prouver l'imprescriptibilité de l'un par la prescriptibilité de l'autre.

2° L'article 789 ne déclare pas prescrites les deux facultés *alternativement* : faculté d'accepter dans tel cas, faculté de renoncer dans tel autre. Ceci condamne notamment le système d'Aubry et Rau. Ces auteurs partent en effet de cette idée qu'il faut nécessairement qu'il y ait une hypothèse où l'héritier soit définitivement renonçant, puisque la faculté d'accepter est prescrite, et une hypothèse où il soit définitivement acceptant, puisque la faculté de renoncer est prescrite. De là, ils sont conduits à cette distinction que l'héritier est définitivement acceptant, si l'hérédité est restée vacante, renonçant, si la succession a été appréhendée par les héritiers du degré subséquent. Cette distinction qui implique d'ailleurs une certaine confusion entre la prescription extinctive de l'article 789 et la prescription acquisitive qui ferait acquérir l'hérédité aux autres successibles, doit être rejetée, puisqu'elle repose sur un principe faux : il est manifeste, en effet, que dans ce système on envisage séparément et successivement la faculté d'accepter et la faculté de renoncer.

121. Ce qui est prescrit *aux termes mêmes* de l'art. 789, interprété à la lettre et grammaticalement, c'est « la faculté — d'accepter ou de répudier » — donc le *droit d'option* accordé à l'héritier.

Après trente ans, le droit d'option de l'héritier est prescrit.

Mais alors, l'héritier est-il définitivement acceptant ou définitivement renonçant ?

Il nous semble impossible d'hésiter, si l'on admet, comme nous l'avons fait et comme cela s'impose, croyons-nous, dans notre droit, que l'héritier *primo gradu* est titulaire de l'hérédité sous la condition résolutoire de sa renonciation, et non sous la condition suspensive de son acceptation. Titulaire actuel de l'hérédité, l'héritier restera définitivemement héritier, s'il laisse prescrire son droit d'option.

Cependant certains auteurs, tout en admettant que l'héritier *primo gradu* est héritier sous condition résolutoire, considèrent qu'il est définitivement renonçant s'il laisse écouler le délai de l'article 789.

Ce système s'inspire avant tout de considérations pratiques, et il n'y a pas à s'étonner de le voir généralement suivi en jurisprudence (1), bien que l'on puisse citer quelques arrêts en sens contraire (2). C'est qu'en effet, l'article 789 supposant un successible inactif pendant trente années, cette situation ne pourra guère se présenter, en fait, que si le successible a ignoré la délation de l'hérédité : dès lors, le déclarer acceptant, à la requête des créanciers intéressés, par exemple, c'est, en pratique, l'investir malgré lui d'une succession peut-être onéreuse. Cet argument d'équité est invoqué dans plusieurs décisions de jurisprudence (3), et c'est le plus fort de ceux qui ont été opposés

(1) Il faut noter d'ailleurs que la jurisprudence admet la « saisine sous condition suspensive ».

(2) Paris 2 février 1844 ; Riom 1er février 1847 : S. 48. 2. 257.

(3) Notamment dans un jugement d'Évreux, sous un arrêt de Rouen. S. 72. 8. 299.

à notre thèse. Mais ce n'est qu'un argument d'équité qui ne saurait prévaloir contre des principes juridiques certains. Hâtons-nous d'ailleurs de faire observer que l'interprétation de l'article 789 présente, avant tout, un intérêt théorique et qu'en fait, peu de successibles seraient atteints par la solution, rigoureuse en apparence, que nous proposons. D'ailleurs, si notre doctrine peut, dans telle hypothèse, nuire au successible reconnu héritier malgré lui, l'héritier ne sera-t-il pas le premier à s'en prévaloir, s'il prétend, après trente ans, revendiquer les biens héréditaires recueillis par des successibles plus éloignés — la pétition d'hérédité n'étant pas encore prescrite ?

122. Je crois donc qu'il n'y a pas à s'arrêter aux conditions d'équité que l'on fait valoir dans la thèse adverse (1). Mais on nous oppose aussi des arguments de droit. Notre système méconnaîtrait le grand principe de l'article 775 : « Nul n'est héritier qui ne veut », puisqu'après trente ans, le successible est définitivement héritier, sans avoir pu renoncer à la succession. Il est vrai qu'aux termes de l'article 784, les renonciations à succession ne se présument pas ; mais, dit-on, si l'article 784 exige une renonciation

(1) C'est pour tenir compte de ces considérations que l'on a apporté certains correctifs au système de l'héritier définitivement acceptant. C'est ainsi qu'on a proposé de dire que la prescription de trente ans ne commencerait à courir qu'à partir du moment où le successible aurait eu connaissance de sa vocation : correctif évidemment arbitraire. Certains arrêts ont encore admis que l'héritier conservait, après trente ans, la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire. Mais l'acceptation bénéficiaire est, à la fois, une acceptation et une renonciation, et doit être impossible après trente ans, quel que soit le sens donné à l'art. 789.

solennelle, lorsque l'héritier veut renoncer expressément, cette règle ne s'applique plus, dès lors que l'héritier n'a pas de déclaration à faire. Il y aurait ainsi deux sortes de renonciations : la renonciation expresse et solennelle de l'article 784, et la renonciation tacite résultant de l'article 789.

On ajoute que notre doctrine est inconciliable avec les principes de la prescription. La prescription, en effet, maintient un état de choses antérieur, elle transforme le fait en droit. Or, ici, le fait, c'est que l'héritier était étranger à la succession ; par l'effet de la prescription, il doit donc rester définitivement étranger à cette succession. Sans doute il en était titulaire en droit, mais la prescription ne confirme les « états de droit » que quand ils se sont manifestés dans les faits. Et l'on est ainsi amené à dire que, par la prescription de l'article 789, le successible a perdu ce à quoi se ramène sa vocation héréditaire.

C'est en partant de cette idée que la prescription de l'article 789 doit consolider un état de fait, que l'on a proposé une atténuation au système de l'héritier renonçant : en principe, a-t-on dit, l'héritier sera traité comme renonçant, mais il sera au contraire acceptant si, en fait, il a exercé les prérogatives de la saisine. Que veut-on dire par là ? Ou bien l'héritier aura appréhendé les biens héréditaires avec l'intention de les garder, et il aura fait de ces actes d'héritier qui entraînent acceptation tacite : mais alors l'article 789 ne s'applique plus, puisque l'héritier a pris parti ; ou bien, le successible aura soigneusement évité tout acte de propriétaire ou de possesseur, il se sera comporté comme administrateur du bien d'autrui : et alors, quel est l'état de fait que la prescription viendra confirmer ? En quoi la prudente administration de l'héri-

tier détenteur marque-t-elle plus sa volonté d'accepter que son silence pendant trente années ? En évitant de s'immiscer dans les biens héréditaires, le successible ne manifeste-t-il pas au contraire, son intention de garder intacte la faculté de renoncer qu'il a d'après l'article 775 ? La distinction proposée ne me semble donc pas avoir de raison d'être.

123. La doctrine de l'héritier définitivement acceptant m'apparaît comme une conséquence logique et inévitable du principe d'acquisition légale, combiné avec la prescription de l'article 789. Titulaire de l'hérédité par la seule force de la loi, l'héritier ne pourrait abdiquer la qualité dont il a été investi à son insu, sans le droit d'option que lui accorde la loi. Or, par la prescription de l'article 789, l'héritier à perdu non pas ce à quoi se ramène sa vocation héréditaire, mais ce à quoi se ramène son droit d'option. D'après les termes mêmes de l'article 789, la faculté d'accepter ou de renoncer se prescrit par trente ans : ce qui revient à dire que le droit d'option de l'héritier se prescrit par trente ans. Cette seconde formule est identique à celle de l'article 789 : il est probable cependant qu'elle n'aurait pas occasionné d'aussi longs débats, et qu'on aurait admis sans hésitation que l'héritier ayant perdu son droit d'option était irrévocablement titulaire de l'hérédité. A quoi se ramène, en effet, le droit d'option? Au droit pour le successible de répudier la qualité qui lui est attribuée *lege*, soit totalement par la renonciation, soit partiellement par l'acceptation bénéficiaire. C'est par là seulement que le droit d'option a une valeur pour l'héritier, puisque l'acceptation confirme purement et simplement l'acquisition légale de l'hérédité, sans modifier en rien la consistance actuelle du patrimoine de l'héritier. Or, le droit d'option

doit être prescrit après trente ans par le silence de l'héritier dans la mesure où il avait une valeur pour lui : c'est-à-dire que l'héritier perd par la prescription trentenaire la faculté de renoncer ou d'accepter bénéficiairement

On a dit que la presceription ne se concevait pas ici parce qu'il s'agit de facultés légales, et non de droits : mais, si l'on peut dire que la faculté d'accepter ne constitue pas un véritable droit pour l'héritier, il en est tout autrement des deux autres. C'est précisément ce droit de renoncer totalement ou partiellement que consacre l'article 775. On a prétendu que notre système violait le principe de ce texte : nul n'est héritier qui ne veut. Mais l'article 775 : « Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue » ne signifie qu'une chose, c'est que « tout héritier a le droit de renoncer. » C'est précisément ce droit que l'article 789 déclare prescriptible, et l'on ne voit pas pourquoi ce droit ne serait pas soumis à la prescription trentenaire comme tout autre droit.

C'est d'ailleurs d'une prescription extinctive qu'il s'agit, et non d'une prescription acquisitive. Ce n'est pas la propriété de l'hérédité ou des biens héréditaires qui est prescrite aux dépens de l'héritier, c'est le droit d'option de l'héritier qui s'éteint par la prescription trentenaire. Or, quand on nous dit que la prescription transforme en droit un état de fait, n'est-ce pas une règle de l'usucapion que l'on invoque contre nous? Si du moins on cherche ici la situation de fait, ce n'est pas une succession abandonnée, c'est un héritier qui pouvait ou est censé avoir pu renoncer et ne l'a pas fait. Le silence de l'héritier pendant trente ans, d'après la présomption édictée par l'art. 789, équivaut à acceptation de la succession et rend définitifs les effets de la vocation héréditaire. Et notons-le, nous ne nous

heurtons à aucun texte analogue à l'article 784. Le législateur a certainement admis l'acceptation tacite : l'article 789 nous en présente un cas.

Que l'on ne dise pas enfin que nous négligeons dans l'article 789 les mots : *la faculté d'accepter*. Ce n'est pas la faculté de renoncer que nous déclarons prescrite séparément, ce n'est ni la faculté de renoncer, ni la faculté d'accepter, c'est, en bloc, le droit d'option. C'est ce droit d'option qui se ramène au droit de renoncer ou d'accepter bénéficiairement, et c'est ce droit qui est prescrit par application de l'article 789. Il y a une réminiscence malheureusement des anciens principes dans les termes de ce texte, comme dans l'article 777.

Il est facile de résumer notre système, d'après les articles 711, 775 et 789 combinés :

711. — La succession est un mode d'acquérir. Tout héritier acquiert de plein droit l'hérédité qui lui est dévolue ;

775. — Tout héritier a le droit de renoncer à la succession qui lui est dévolue, ou de l'accepter bénéficiairement ;

789. — Ce droit est prescrit par trente ans, et l'expiration du délai confirme définitivement l'acquisition de l'hérédité, au même titre qu'une acceptation formelle.

124. Pour établir notre solution, nous n'avons pas fait intervenir l'idée de saisine. Si l'héritier est irrévocablement titulaire de l'hérédité, c'est, avons-nous dit, parce qu'il acquiert de plein droit l'hérédité, et non parce qu'il a la saisine.

Quelle sera donc, après trente ans, la situation des successeurs qui n'ont pas la saisine ? La solution est facile dans la thèse opposée à la nôtre : si la prescription de l'article 789 « confirme les effets de la saisine » comme

l'acceptation expresse, elle ne concerne pas les successeurs non saisis.

Mais, d'après nous, l'acquisition définitive de l'hérédité, au cas prévu par l'article 789, n'est pas une conséquence de la saisine. Théoriquement donc, les successeurs non saisis, comme l'héritier légitime, sont, après trente ans définitivement titulaires de l'hérédité. Mais ces successeurs, d'après l'article 724, n'ont l'exercice des droits et actions héréditaires qu'après envoi en possession ou délivrance de l'hérédité. Or, après trente ans, les successeurs non saisis ne sauraient être admis à former la demande d'envoi en possession ou l'action en délivrance, leur action est prescrite. Si donc on décide avec la jurisprudence que la demande en délivrance formée par les successeurs non saisis vaut acceptation de leur part, il faut supposer, pour que l'article 789 puisse s'appliquer, que les successeurs n'ont pas demandé l'ensaisinement, et en ce cas, propriétaires et possesseurs, en droit, des biens héréditaires, ils sont dans l'impossibilité d'exercer leurs droits, étant forclos de l'action en délivrance. Tout se passe donc, en fait, comme s'ils étaient définitivement renonçants, ils n'ont aucun moyen pour se mettre en possession, ils n'ont pas qualité pour intenter les actions héréditaires ou y défendre. Voilà comment la saisine peut, dans le cas de l'article 789, créer une différence entre la situation des héritiers saisis et celle des simples successeurs. L'assimilation ne serait complète que si l'on refusait de considérer la demande en délivrance comme un acte d'acceptation : si bien que les successeurs non saisis pourraient avoir l'exercice des droits et actions héréditaires sans avoir accepté expressément la succession ; alors se poserait la question de savoir si la prescription de trente ans les

rend définitivement propriétaires de l'hérédité : et j'adopterais l'affirmative.

3° Le successible plus éloigné est titulaire de l'hérédité sous condition suspensive avant la renonciation, sous condition résolutoire après la renonciation de l'hérédité *primo gradu*.

125. Dès l'ouverture de la succession, tout successible a un droit conditionnel à l'hérédité : c'est la conséquence de ce principe que tout successible tient directement son droit de la loi ou du testament et non de la renonciation des héritiers plus proches. Il est impossible, en effet, de soutenir que, par elle-même, la renonciation de l'héritier *primo gradu* confère aucun droit aux autres successibles. Ce qui suffirait à le prouver, c'est que si l'héritier *primo gradu*, au lieu de renoncer purement et simplement, a manifesté son intention de faire profiter un autre de la renonciation et de lui laisser acquérir le droit qu'il a abandonné, cette renonciation *in favorem* est traitée par le législateur comme une acceptation. Ainsi la renonciation cesse d'être une renonciation, aussitôt qu'elle déguise une cession de l'hérédité. Quand donc il y a renonciation pure et simple de l'héritier plus proche, on ne saurait dire que cette renonciation vaut cession de l'hérédité au profit des autres successibles. Sans doute, la renonciation de l'héritier *primo gradu* entraîne dévolution de l'héridité aux successibles suivants ; c'est alors seulement que ces successibles ont un droit actuel à l'hérédité. Mais la renonciation de l'héritier plus proche n'est pas le titre des héritiers subséquents, c'est l'évènement auquel était subordonnée leur vocation héréditaire. Voilà l'idée que nous exprimons en disant que

dès l'ouverture de la succession, tous les successibles ont au moins un droit conditionnel. La condition qui suspend le droit des successibles plus éloignés, c'est la renonciation de l'héritier *primo gradu* ; titulaires de l'hérédité sous la condition suspensive de cette renonciation, les héritiers subséquents, à l'avénement de la renonciation, seront considérés comme les ayants-cause directs du défunt ; la renonciation de l'héritier *primo gradu* a un effet rétroactif. Si donc l'article 777 apparaît, dans notre droit, comme un texte inutile, l'article 785, au contraire, décide avec raison que tout héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier. Inversement, celui à qui la succession est actuellement dévolue est censé avoir été héritier depuis l'ouverture de la succession.

126. Ce droit conditionnel, que les parents plus éloignés ont dès l'ouverture de la succession, leur confère certaines prérogatives. C'est ainsi que, d'après nous, tout héritier légitime peut, en vertu de son droit éventuel à l'hérédité, appréhender et administrer les biens héréditaires. Ce n'est pas là un effet de la saisine, puisque la saisine, nous l'avons dit, ne peut donner à aucun successible l'exercice de droits qu'il n'a pas encore ; c'est une conséquence de cette idée que tout héritier est autorisé à administrer des biens qui peuvent lui appartenir un jour ou l'autre, et sur lesquels il a, dès à présent, un droit conditionnel.

Ce même droit autorise, à mon avis, l'acceptation ou la renonciation éventuelle des successibles auxquels l'hérédité n'est pas encore dévolue. Logiquement même, les héritiers subséquents devraient être admis à agir contre l'héritier plus proche, lorsque celui-ci tarde à exercer son droit d'option. L'héritier plus proche en effet, étant titu-

laire de l'hérédité, indépendamment de toute acceptation, est par là même exposé aux poursuites des créanciers héréditaires, qui peuvent, après expiration des délais légaux, le faire condamner en qualité d'héritier pur et simple. De même, les héritiers subséquents, intéressés comme les créanciers à connaître la décision de l'héritier *primo gradu*, devraient avoir une action pour le forcer à prendre parti. A Rome, créanciers et successibles plus éloignés étaient traités sur un pied d'égalité : s'ils n'avaient en droit civil, aucun moyen de presser l'option de l'héritier, ils pouvaient du moins s'adresser au préteur et solliciter l'envoi en possession de l'hérédité. On a essayé de soutenir (1) que les héritiers subséquents auraient encore, dans notre droit, une action contre l'héritier actuellement titulaire de l'hérédité : action par laquelle ils mettraient l'héritier en demeure d'accepter l'hérédité, et, en cas de non acceptation, le feraient déclarer déchu de son droit. Cette action présenterait sans doute une grande utilité pratique ; mais il faut bien reconnaître qu'elle n'est écrite nulle part dans nos lois. Tout au contraire, il y a des textes qui la contrediraient formellement. Que deviendrait dans ce système l'article 789, qui donne à tout héritier un délai de trente ans, à partir de l'ouverture de la succession, pour opter entre l'acceptation et la répudiation de l'hérédité (2) ?

Ainsi, les héritiers subséquents n'ont aucun moyen de faire cesser l'inaction de l'héritier *primo gradu* ; il faut donc qu'ils puissent, avant même la renonciation de ce dernier, et en vertu de leur droit conditionnel, accepter éven-

(1) Blondeau, *Séparation des patrimoines*, p. 654 sqq.

(2) Aubry et Rau, § 610, note 5.

tuellement l'hérédité ou la répudier. S'il en était autrement, ces héritiers seraient exposés à voir leur droit personnel d'option restreint dans des limites trop étroites. La prescription de l'article 789, en effet, court simultanément à l'encontre de tous les successibles. L'article 789 ne distingue pas, et « il est d'autant moins permis de distinguer que le système qui ne ferait courir la prescription, pour le successible du second degré, qu'après la renonciation du successible du premier degré, et ainsi de suite, pourrait avoir pour résultat de proroger pendant des siècles la faculté d'accepter ou de répudier une hérédité à laquelle auraient successivement renoncé les héritiers des onze premiers degrés, et qui se trouverait définitivement dévolue à un héritier du douzième ; que d'un autre côté, la renonciation remonte quant à ses effets au jour de l'ouverture de la succession (1). » La situation des héritiers subséquents, après renonciation de l'héritier plus proche, est exactement la même que celle de cet héritier dès l'ouverture de la succession. Il s'ensuit donc qu'à l'expiration du délai de trente ans, le titulaire actuel de l'hérédité serait déchu de son droit d'option, et définitivement héritier, alors même que l'hérédité ne lui aurait été dévolue que tout récemment, par la renonciation tardive du précédent héritier. L'acceptation ou la répudiation éventuelle de l'hérédité permettent seules de prévenir ce résultat inadmissible : et le droit conditionnel de tout successible justifie certainement cet exercice anticipé du droit d'option.

127. La renonciation de l'héritier *primo gradu*. je l'ai dit, met le nouvel héritier dans la même situation que si la succession lui avait été immédiatement déférée. Il est

(1) AUBRY et RAU, § 610, note 16.

titulaire actuel de l'hérédité, sous la condition résolutoire de sa propre renonciation ; et il en est ainsi à chaque dévolution successive. Tout successible, quel que soit son rang, est censé succéder au défunt *a die mortis*, et dès l'instant de la dévolution, acquiert l'hérédité par la force même de la loi.

Il y a cependant une légère différence entre la situation de l'héritier *primo gradu* et celle des autres successibles actuellement titulaires de l'hérédité : elle résulte de l'article 790, qui donne à l'héritier renonçant la faculté de revenir sur sa renonciation, tant que la succession n'a pas été acceptée par d'autres. Il suit de là que les héritiers renonçants peuvent anéantir la vocation héréditaire des autres successibles, tandis que ceux-ci ne pouvaient même pas presser le droit d'option de l'héritier plus proche. Dès lors, est-il juste de dire que les successibles plus éloignés sont dès l'instant de la dévolution titulaires de l'hérédité ? L'acceptation n'est-elle pas nécessaire, en ce qui les concerne, pour consolider leur droit que la faculté accordée aux précédents successibles rend précaire tant qu'ils n'ont pas eux-mêmes exercé leur option ? Je ne crois pas qu'il faille aller jusque-là. La faculté de l'article 790 ne met pas obstacle à l'acquisition légale de l'hérédité par un successible de rang quelconque. Ce qui me semble le plus exact, en droit, c'est que tout héritier, après renonciation, reste titulaire de l'hérédité, sous la condition suspensive d'une acceptation faite en temps utile, tandis que les successibles investis de l'hérédité grâce à la renonciation de l'héritier plus proche, ont désormais un titre actuel, mais affecté d'une double condition résolutoire : ils sont héritiers, sauf renonciation de leur part, ou sauf acceptation d'un précédent héritier. Ainsi, chaque renonciation opère,

en quelque sorte, une interversion dans les modalités qui affectent le titre du renonçant et celui de l'héritier actuellement investi.

Notons d'ailleurs que l'acceptation éventuelle d'un successible plus éloigné priverait les héritiers précédents de la faculté de l'article 790, aussitôt la succession dévolue à celui qui l'a éventuellement acceptée.

4° De la pétition d'hérédité

128. Nous avons supposé jusqu'ici que l'hérédité était régulièrement dévolue suivant l'ordre successoral. Mais il peut arriver que l'héritier *primo gradu* ne prenant pas possession des biens héréditaires, un autre successible s'en empare à sa place et qu'il les administre, qu'il en dispose même, comme s'il était le véritable héritier : suivant le langage consacré, ce possesseur de l'hérédité, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, est l'héritier apparent. Si la situation se prolonge pendant de longues années, la consistance de l'hérédité pourra être singulièrement modifiée : que le véritable héritier survienne alors, quel sera son droit à l'encontre du possesseur de l'hérédité, et aussi à l'égard des tiers qui ont contracté avec l'héritier apparent ?

L'hypothèse où la question se pose le plus fréquemment, en pratique, est celle où l'héritier *primo gradu* était absent au moment de l'ouverture de la succession ; c'est alors que les successibles plus éloignés, croyant au décès de celui qui leur aurait fait obstacle, peuvent se figurer qu'ils viennent en rang utile, qu'ils sont immédiatement appelés à la succession. Aussi est-ce au titre de l'absence que l'on rencontre un texte relatif à la pétition d'hérédité :

l'article 137. Texte bien insuffisant d'ailleurs, puisque, s'il consacre le droit du véritable héritier et lui reconnait la pétition d'hérédité pour revendiquer les biens héréditaires aux mains du possesseur actuel, il laisse encore indécises des questions essentielles, et notamment celle que je mentionnais tout à l'heure : quel est le sort des actes passés par l'héritier apparent ?

Notons d'abord que si la loi accorde expressément la pétition d'hérédité à l'absent de retour, il y a bien d'autres cas où il faut certainement admettre la pétition d'hérédité. D'une façon générale, quiconque possède *pro herede* l'ensemble ou même une partie des biens héréditaires est exposé à la pétition d'hérédité de la part du *proximus heres*. C'est ainsi que l'héritier légitime aurait la pétition d'hérédité contre un légataire universel qui aurait obtenu délivrance ou se serait emparé des biens héréditaires en vertu d'un testament dont la nullité serait reconnue par la suite. De même, le *proximus heres* pourrait agir en pétition d'hérédité contre un successible plus éloigné, ou, pour sa part, contre un successible de même rang, alors même qu'au moment où s'est ouverte la succession il n'aurait pas été « absent » au sens juridique du mot. Mais celui qui agit en pétition d'hérédité doit prouver, nous l'avons dit, non seulement qu'il est parent du défunt, mais qu'il est le parent le plus proche et a, comme tel, un droit actuel à l'hérédité. C'est en vain que l'on a argumenté en sens contraire de l'idée de saisine collective.

La pétition d'hérédité se prescrit comme toute autre action par trente ans, à dater du jour où l'héritier apparent s'est mis en possession des biens héréditaires.

129. Je suppose maintenant la pétition d'hérédité régulièrement exercée par l'héritier plus proche, à l'encontre

de l'héritier apparent ; le véritable héritier l'emporte contre l'héritier apparent, il obtient la restitution des biens héréditaires : reprend-il l'hérédité dans l'état où elle se trouve ? N'a-t-il pas, au contraire, le droit d'attaquer les actes consentis par l'héritier apparent ? Il y a lieu de distinguer suivant la nature de ces actes.

On s'accorde généralement à maintenir les actes d'administration, par exemple les baux faits par l'héritier apparent. C'est ainsi que l'article 1673 maintient les baux passés par l'acheteur à réméré, malgré l'exercice du réméré : ce texte peut être invoqué ici par analogie, car il semble révéler l'esprit général de la loi : dans l'intérêt bien entendu du propriétaire, il est bon que les actes d'administration soient indépendants du sort de celui qui les a consentis.

Il y a d'autres actes qu'il faut maintenir au profit des tiers de bonne foi : ce sont les actes nécessaires. A l'égard du paiement, l'article 1240 décide expressément que le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable encore que le possesseur en soit par la suite évincé. Le débiteur, en effet, ne pouvant refuser le paiement au détenteur de la créance, il est de simple équité qu'il puisse faire en ses mains un paiement valable. Comme le dit très bien M. Demante, « il y a des rapports forcés qui, en l'absence du véritable maître, n'ont pu s'établir qu'avec les possesseurs, et il serait souverainement inique de ne pas maintenir à tout événement les opérations ainsi faites de bonne foi (1). » Et M. Demante range parmi les actes nécessaires, que le demandeur à la pétition d'hérédité n'est pas recevable à attaquer, non

(1) DEMANTE et COLMET de SANTERRE, t. I, § 176 bis, IV.

seulement le paiement pour lequel il y a un texte formel, mais les jugements. La chose jugée pour ou contre l'héritier apparent le serait encore à l'égard du véritable héritier. Cette solution est déjà plus contestable.

130. Mais c'est pour les actes de disposition que la controverse s'agite le plus vivement. Certains de ces actes restent cependant en dehors du débat : relativement aux meubles corporels, le possesseur actuel de ces meubles peut toujours écarter l'action du véritable héritier, il lui suffit de se prévaloir de l'article 2279. En outre, parmi les aliénations d'immeubles, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à annuler les donations consenties par l'héritier apparent. La controverse porte donc sur les aliénations d'immeubles à titre onéreux et sur les actes de disposition, tels que transactions ou constitutions d'hypothèques. La jurisprudence décide généralement que le véritable héritier ne peut attaquer ces actes ; ces actes sont maintenus à une seule condition : la bonne foi du tiers acquéreur (1). C'est en effet l'intérêt des tiers, victimes d'une erreur presque invincible, qui a fait admettre cette solution par la pratique. Il y a là une considération de fait très puissante. Donner au véritable héritier une action en révocation à l'encontre des aliénations consenties le plus souvent en son absence, alors que personne ne prévoyait son retour, c'est faire subir aux tiers un préjudice d'autant plus immérité que l'héritier, lui, est en faute, qu'il a été tout au moins négligent. Nous ne croyons pas cependant que cette considération soit suffisante pour faire échec aux principes généraux du droit, que notamment

(1) Certains arrêts exigent aussi la bonne foi du vendeur, ce qui ne se conçoit guère.

elle fasse fléchir, comme on l'a prétendu (1), cette règle qui n'est pas expressément écrite dans la loi, mais qui formule un principe d'une écrasante logique : *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.* Si aucun article du Code n'énonce cette règle, plusieurs textes cependant la consacrent implicitement, ainsi les articles 1664, 2125 et 2182, peut-être aussi l'article 1599, bien qu'il y ait controverse sur les motifs de cet article. La règle : *nemo plus juris...* est un axiome fondamental de la science juridique dont il faut reconnaître l'autorité et appliquer en fait toutes les conséquences, à moins d'un texte contraire.

Or l'héritier apparent, après exercice de la pétition d'hérédité, doit-il être considéré comme ayant été jamais titulaire de l'hérédité, propriétaire des biens héréditaires? Son droit n'est-il pas au contraire rétroactivement résolu, de telle sorte que les aliénations qu'il avait consenties sont nulles par application de la maxime *nemo plus juris....*, ou, ce qui n'est que le corollaire du même adage : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* ? Cette dernière solution nous semble seule exacte.

131. Pour justifier sa thèse en droit, la jurisprudence a invoqué l'idée de saisine collective : j'ai déjà dit que cet argument était sans valeur, que la saisine, individuelle ou collective, ne pouvait autoriser l'héritier apparent à aliéner les biens héréditaires, si d'ailleurs l'héritier apparent n'est pas le titulaire actuel et incommutable de l'hérédité ; la saisine ne saurait en effet, conférer à l'héritier saisi l'exercice des droits qu'il n'a pas.

Eh bien, l'héritier apparent, par hypothèse, venait après

(1) AUBRY et RAU, § 616, note 32.

le véritable héritier dans l'ordre successoral. Régulièrement donc, l'hérédité ne lui aurait été dévolue qu'après la renonciation du véritable héritier. Il s'ensuit qu'en appréhendant et en administrant les biens héréditaires, en se comportant comme propriétaire de ces biens, l'héritier apparent en a bien pu acquérir la possession civile : mais au point de vue de la propriété, il n'a jamais eu sur ces biens qu'un droit conditionnel, il n'a jamais été titulaire actuel de l'hérédité, son droit restait subordonné à une double condition suspensive : renonciation du véritable héritier ou prescription de la pétition d'hérédité. L'héritier *primo gradu* ayant exercé la pétition d'hérédité avant l'échéance du délai de trente ans, le droit de l'héritier apparent n'est pas seulement rétroactivement anéanti par l'effet d'une fiction juridique, mais il n'a jamais eu d'existence actuelle.

132. Il y a cependant un texte qui dans l'hypothèse la plus pratique, celle d'absence, déroge aux principes généraux de l'acquisition de l'hérédité. Aux termes de l'article 136 : « S'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut. » Ainsi, lorsque l'héritier *primo gradu* est absent, l'hérédité est *dévolue* tout entière à ses cohéritiers ou aux successibles du degré subséquent. L'héritier apparent n'est donc plus seulement un successible qui a prématurément appréhendé les biens héréditaires, il est admis à revendiquer l'hérédité, l'hérédité lui est dévolue : il semble donc qu'il en est actuellement titulaire, qu'il a un droit de propriété incommutable sur les biens héréditaires, et peut en disposer irrévocablement. C'est en argumentant

de l'article 136 que l'on a pu attribuer ainsi à l'héritier apparent une sorte de propriété intérimaire et refuser au contraire le titre de propriétaire au parent plus proche jusqu'à son acceptation (1). Ce système n'est guère admissible ; « on ne pourra jamais nier, dit M. Demante, qu'à partir du jour de l'ouverture de la succession, le parent le plus proche ne soit au moins propriétaire sous une condition suspensive, la condition de son acceptation. Or, cette même condition serait forcément résolutoire de la propriété intérimaire que l'on reconnaîtrait en la personne de l'héritier apparent (2) ». Sans écarter absolument, comme M. Demante, l'idée d'un droit actuel conféré par la loi à l'héritier apparent, il nous semble résulter des articles 136 et 137 combinés que l'héritier apparent, à qui l'hérédité est dévolue comme elle l'aurait été à l'héritier plus proche sans la circonstance de l'absence, est actuellement titulaire de l'hérédité, mais titulaire sous condition résolutoire : l'héritier apparent verra son titre résolu, non plus seulement s'il renonce lui-même à la succession, mais si l'héritier *primo gradu* exerce en temps utile la pétition d'hérédité. La loi a bien pu déférer l'hérédité à un successible plus éloigné, mais elle n'a pas entendu par là anéantir le droit héréditaire de l'héritier premier en rang ; elle a, en quelque sorte, interverti les modalités qui normalement auraient affecté leurs titres respectifs. C'est le successible plus éloigné qui est titulaire de l'hérédité *a die mortis*, sous condition résolutoire ; c'est l'héritier plus proche qui est propriétaire sous condition suspensive. Mais il suffit qu'il soit propriétaire sous condition

(1) DEMANTE, t. I, n° 176 bis. V.—En ce sens, Cassat., 16 janvier 1843.
(2) DEMANTE, loc. cit.

suspensive, pour qu'en exerçant la pétition d'hérédité, il anéantisse rétroactivement le droit de l'héritier apparent, et par là même, les aliénations que ce dernier aurait consenties. Pour maintenir ces aliénations, il faudrait supprimer ou nier la propriété conditionnelle du véritable héritier. Est-ce possible ? Si le véritable héritier, n'avait pas un droit de propriété, à quel titre viendrait-il réclamer la restitution des biens héréditaires ? Quel serait le fondement de la pétition d'hérédité ? La pétition d'hérédité ne serait-elle qu'une action personnelle, par laquelle l'héritier pourrait obtenir, en quelque sorte, une indemnité, à raison du préjudice que lui a causé l'attribution des biens héréditaires à d'autres successibles ? Cela serait en contradiction formelle avec la tradition. S'il est vrai que depuis vingt siècles, la pétition d'hérédité n'est qu'une variété de la revendication, une action réelle, comme le nom même l'indique, accordée au véritable héritier, à celui qui se prétend propriétaire, titulaire d'une hérédité, il faut reconnaître que dès l'ouverture de la succession, l'absent a tout au moins un droit conditionnel, droit qui lui permettra d'exercer la pétition d'hérédité contre l'héritier apparent, et de poursuivre les biens héréditaires aux mains des tiers qui les détiennent actuellement, quel que soit d'ailleurs leur titre d'acquisition.

133. A côté de l'article 136, il y a un autre texte que l'on a souvent invoqué en faveur de l'héritier apparent et de ses ayants cause : c'est l'article 132. Ce texte prévoit l'hypothèse où l'absent reparaîtrait après l'envoi en possession définitif de ses biens. En pareil cas, « il recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus. » Ainsi, l'ab-

sent de retour après l'envoi en possession définitif, doit respecter les actes faits en son absence sur ses propres biens, il est seulement admis à reprendre son patrimoine dans l'état où il se trouve. Il doit en être de même, dit-on, et à fortiori, pour des biens qui n'appartenaient pas à l'absent lors de sa disparition, et qui ont été directement dévolus aux autres successibles. Ce raisonnement ne nous convainc pas du tout. L'article 132 est, il faut bien le reconnaître, un texte exceptionnel qu'on ne saurait appliquer par analogie aux hypothèses voisines. Il suffit d'ailleurs de comparer les articles 132 et 137 pour renoncer à toute assimilation de ce genre. L'article 132 ne donne aucune action réelle à l'absent de retour ; l'envoi en possession définitif a, en quelque sorte, exproprié l'absent de son patrimoine ; par l'effet de l'envoi en possession définitif, l'absent perd tout droit réel sur ses propres biens, et, sans l'article 132, il n'aurait aucun droit à son retour. Mais, par un motif d'équité, l'article 132 l'autorise à reprendre son patrimoine tel quel, il lui concède une action personnelle contre ceux qui ont, en quelque sorte, hérité de ses biens ; l'article 137 au contraire, donne au véritable héritier, absent lors de l'ouverture de la succession, la pétition d'hérédité, donc une action réelle. Et cette différence se justifie, car l'article 132 ne s'applique qu'après l'envoi en possession définitif, c'est-à-dire longtemps après la disparition de l'absent, et à une époque où il importe de rendre à la circulation les biens de l'absent, tandis que dans le cas de l'article 137, la succession dévolue aux cohéritiers de l'absent ou aux successibles plus éloignés s'est peut-être ouverte au lendemain même de l'absence. De l'argument tiré de l'article 132, il n'y a qu'une chose à retenir, c'est qu'après l'envoi en possession définitif, l'héri-

tier absent ne serait plus recevable à agir contre les tiers : il est, en effet, inadmissible qu'il conserve un droit réel sur les biens qui lui sont échus en son absence, quand il a perdu tout droit de ce genre sur ses propres biens. C'est alors seulement et, dans ce cas tout spécial, que le véritable héritier n'a qu'une sorte de pétition d'hérédité personnelle : c'est-à-dire qu'il ne peut réclamer les biens héréditaires, comme les biens qui lui appartenaient lors de sa disparition, que dans l'état où ils se trouvent actuellement.

CONCLUSION

134. Nous avons essayé de retracer l'évolution du principe de l'acquisition légale de l'hérédité, et nous avons vu comment ce principe, au mépris du formalisme primitif, qui subordonnait les mutations entre vifs à l'accomplissement de formalités extérieures et symboliques, avait été reconnu dès l'origine de la législation romaine et du droit germanique. La copropriété de famille, l'idée que l'héritier continue la personne du défunt, telles furent sans doute les causes déterminantes d'une règle qui d'ailleurs, pendant longtemps, ne s'appliqua pas à toute hypothèse de transmission héréditaire. A Rome en effet, ceux qui, en qualité d'héritiers domestiques, ont acquis, avant le décès du chef de famille, une sorte de droit réel sur les biens patrimoniaux, ceux-là seuls sont héritiers nécessaires et succèdent au défunt immédiatement et de plein droit. Si en Germanie et dans la Gaule barbare tout héritier a, dès l'ouverture de la succession, un droit actuel et transmissible, c'est qu'à cette époque il n'y a de transmission héréditaire que dans l'intérieur de la famille ; le testament est inconnu, il faut recourir à l'adoption pour instituer héritier un étranger. Et, au moyen âge, la « saisine héréditaire » n'est accordée qu'aux parents légitimes

qui seuls ont un droit aux biens de famille et continuent la personne du défunt. Dans le système du Code civil, au contraire, tout successeur acquiert *ipso jure* les biens qui lui sont déférés à cause de mort. Mais il n'y a plus là une règle exceptionnelle, spéciale à la transmission héréditaire. La succession ab intestat ou testamentaire n'est plus qu'un des modes d'acquérir énumérés dans l'article 711. Tandis que certains héritiers étaient immédiatement investis de l'hérédité, les législations antérieures avaient imposé aux autres successeurs diverses formalités. C'est ainsi qu'à Rome, les héritiers externes ou volontaires, pour acquérir l'hérédité, et avoir un droit transmissible à leurs propres héritiers devaient faire adition, s'approprier l'hérédité jacente. Les successeurs prétoriens n'avaient la *bonorum possessio* qu'à la condition d'adresser une requête au magistrat, de solliciter, en quelque sorte, l'investiture de l'autorité. Mais c'est surtout à l'époque féodale que la nécessité de l'investiture seigneuriale entrave la transmission héréditaire, au point d'éclipser momentanément le principe d'acquisition légale. Adition d'hérédité, agnition de la *bonorum possessio*, investiture féodale, ces formalités qui n'avaient d'ailleurs ni la même origine, ni la même raison d'être, étaient requises pour l'acquisition de l'hérédité. Jusqu'à leur accomplissement, l'héritier n'avait aucun droit actuel, aucun droit transmissible.

135. A côté de cette question essentielle : comment s'acquiert l'hérédité ? il en est une autre qui à certaines époques a pris une importance exagérée : comment s'acquiert la possession héréditaire ? A priori cependant, la solution du problème est des plus simples, ou plutôt il n'y a pas de problème, il suffit de s'entendre et de savoir ce

que l'on entend par possession. Si, en effet, on désigne par ce mot la *possessio facti*, la détention matérielle des biens héréditaires, la possession n'est susceptible d'aucune acquisition juridique ; on devient possesseur le jour où l'on appréhende la chose et où on l'a en son pouvoir. Au contraire, le droit de possession qu'engendre la détention prolongée, — *jus possessionis*, possession civile ou possession juridique, — ce droit qui n'est, en somme, qu'une propriété provisoire est transmissible indépendamment de tout état de fait, et doit être transmis avec la propriété même. La séparation absolue de la propriété et de la possession juridique est artificielle ; c'est entre le fait de la possession et le droit de possession qu'il y a une différence de nature.

Mais en matière de possession, les principes rationnels ont été méconnus pendant des siècles : il en est résulté des méprises, des malentendus étranges et la théorie de l'acquisition de l'hérédité en a été souvent faussée et obscurcie.

La notion même de possession juridique est inconnue dans la plupart des législations primitives : et par là même, il n'y a pas à rechercher comment la possession héréditaire y est acquise à l'héritier. On l'a fait cependant et c'est une première cause d'erreurs historiques ou juridiques. En droit romain, la question s'était posée, mais les jurisconsultes classiques l'avaient mal résolue. A cette époque, le droit du possesseur se dégageait du fait de la détention, mais on définissait encore la possession une chose de fait : aussi, dans la plupart des hypothèses, les interprètes exigeaient pour l'acquisition de la possession une *apprehensio naturalis*. L'héritier externe notamment, titulaire de l'hérédité par l'adition, n'avait la

possession des biens héréditaires qu'à la condition de les appréhender. C'était méconnaître ce principe que l'héritier, dès l'instant où il est investi de l'hérédité, doit être admis à invoquer immédiatement la protection possessoire à l'encontre de tout détenteur des biens héréditaires, comme le défunt l'aurait pu lui-même.

Et cependant nos anciens interprètes devaient reprendre et accentuer la théorie irrationnelle et confuse encore des textes romains, et par là, chose singulière, ils furent amenés à voir un droit exceptionnel dans la « saisine héréditaire », qui n'était cependant que le principe d'acquisition légale de l'hérédité. Il parut étrange que l'héritier succédât de plein droit au défunt, même au point de vue possessoire ; de tous les effets de la saisine, celui-là seul frappa les commentateurs parce qu'il semblait contraire à la raison écrite. Et c'est ainsi qu'aujourd'hui encore, on définit communément la saisine : l'acquisition immédiate de la « possession » du défunt, en vertu d'une « fiction » de la loi. Et comme la saisine était jadis le principe de la transmission héréditaire, il faut que l'acquisition légale et fictive de la possession ait encore en droit une importance capitale et des conséquences multiples.

136. Nous avons essayé de montrer que si la saisine héréditaire a constitué jadis une des institutions fondamentales du droit coutumier, si elle a été admise dans toutes les législations européennes, au point de devenir la « coutume du monde », c'est quelle ne reposait pas sur une fiction irrationnelle et de portée restreinte comme le croyait Cujas, c'est qu'elle n'était pas seulement relative à la possession héréditaire, c'est que la saisine n'était autre chose que le principe d'acquisition légale, auquel les circonstances historiques avaient donné une formule spéciale. Puisque

maintenant tous les successeurs acquièrent de plein droit l'hérédité, puisque le principe d'acquisition légale est consigné non dans l'article 724, mais dans l'article 711 qui énumère les modes d'acquérir, il semble qu'il n'y ait plus à parler de saisine héréditaire : l'acquisition légale est désormais de droit commun.

137. Et cependant le Code civil a distingué entre héritiers saisis ou non saisis. Il a donné la saisine aux héritiers légitimes, il l'a accordée exceptionnellement au légataire universel, il l'a refusée, au contraire, aux successeurs irréguliers et en principe aux légataires. Par là, d'après nous, il a laissé aux héritiers saisis l'exercice immédiat de leurs droits, tandis qu'à l'égard des successeurs non saisis, il subordonnait la prise de possession et l'exercice des droits héréditaires à un ensaisinement préalable. C'est que dans la succession à cause de mort, il y a une circonstance spéciale qui autorise certaines dérogations au droit commun : lorsqu'il intervient en effet une vente, une donation ou toute autre mutation entre vifs, le vendeur, le donateur est là pour investir l'acquéreur, pour lui livrer la chose ; quand au contraire une personne vient à décéder, ses biens sont vacants en fait, ils sont jacents suivant l'expression romaine, et alors, s'il importe qu'il y ait immédiatement un administrateur de l'hérédité jacente, on peut se demander s'il convient de reconnaître à tout héritier, à tout successeur qui de par la loi a droit aux biens héréditaires, le droit d'appréhender ces biens et de les administrer. C'est à cette question que notre législateur a répondu négativement ; il a interdit à certains successeurs de se mettre en possession d'eux-mêmes, et il a confié tantôt à l'héritier saisi, tantôt à la justice le soin de délivrer les

biens héréditaires aux ayants droits. Voilà pourquoi, il n'est pas possible de critiquer absolument l'article 724. On peut seulement regretter que la distinction entre héritiers saisis ou non saisis n'ait pas été faite suivant un criterium rationnel et certain, et surtout que le Code civil ait conservé la terminologie ancienne, j'entends l'expression de saisine, quand l'idée traduite par ce mot n'est plus et ne peut plus être la même que dans notre ancien droit.

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

Droit Romain

I. — Les héritiers nécessaires acquéraient de plein droit non seulement la propriété, mais encore la possession de l'hérédité et des biens héréditaires.

II. — L'interdit *quorum bonorum* était donné au *juris possessor* pour obtenir la *possessio facti*.

III. — Il y a une tendance constante, en droit romain, à simplifier les formalités requises pour l'acquisition de l'hérédité civile ou de la succession prétorienne.

IV. — Si notamment la règle : *hereditas non adita non transmittitur* a été abandonnée dans le droit de Justinien, c'est que la formalité de l'adition avait perdu toute importance.

V. — En droit cependant, l'héritier externe ni le *bonorum possessor* n'ont jamais acquis *ipso jure* la succession.

Droit Français.

I. — Le principe d'acquisition légale de l'hérédité remonte au droit germanique.

II. — Ce principe, abandonné en droit féodal, fut restauré au XII[e] siècle : là est l'origine de la maxime coutumière : *Le mort saisit le vif.*

III. — La saisine héréditaire, dans l'ancien droit, n'est donc pas seulement l'acquisition légale de la possession.

IV. — En droit civil moderne, la saisine ne concerne ni la propriété ni la possession des biens héréditaires : c'est l'investiture légale de l'hérédité, en ce sens que, seuls, les héritiers saisis ont le droit d'appréhender les biens héréditaires, sans intervention étrangère, et ont immédiatement l'exercice actif et passif des droits et actions héréditaires.

V. — En conséquence, l'idée de saisine ne doit pas intervenir dans la théorie de l'acquisition de l'hérédité.

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

Droit Romain.

I. — La *gens* a pu jouer, à l'origine de Rome, un rôle politique, mais elle n'a jamais été un groupement artificiel.

II. — *L'unciarium fœnus* est l'intérêt annuel d'un douzième du capital.

III. — La maxime : *Dies interpellat pro homine* n'est pas romaine.

IV. — Le *chirographum*, au Bas Empire, est une forme du contrat *litteris*.

Droit civil.

I. — La règle de l'effet déclaratif du partage (art. 883) n'est pas un principe juridique absolu, dont il convienne de déduire et d'appliquer les conséquences extrêmes.

II. — La stipulation pour autrui dans les termes de l'article 1121 C.C. fait naître directement au profit du tiers bénéficiaire un droit actuel mais révocable : ce droit est définitivement acquis au bénéficiaire par son adhésion expresse ou tacite au contrat primitif, ou par la mort du stipulant.

III. — L'article 1733 et l'article 1784 C.C. ne dérogent pas au droit commun, mais confirment les principes de la garantie contractuelle (articles 1302 et 1315) sans mettre une présomption de faute à la charge du locataire ou du voiturier.

Droit international privé.

La nullité des mariages contractés à l'étranger au mépris d'empêchements simplement prohibitifs, ne peut être prononcée par nos tribunaux que si la violation de ces empêchements a entraîné la clandestinité du mariage en France.

Droit public.

I. — Avec les progrès de la civilisation, le régime du contrat tend à se substituer au régime de la contrainte.

II. — La permanence des fonctions de l'État est un trait caractéristique de l'État moderne.

III. — La dualité des Chambres est en pratique une garantie de la liberté, sans être contraire au droit constitutionnel théorique.

Vu par le Président de la Thèse :

SURVILLE.

Vu : le Doyen,

LE COURTOIS.

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur,

GABRIEL COMPAYRÉ.

TABLE.

Introduction. — De la transmission universelle, et de la représentation du défunt par l'héritier..... v

Droit romain.

Division..... 1

CHAPITRE I. — Acquisition légale de l'hérédité par les héritiers nécessaires..... 3

Section I. — Acquisition légale de la propriété des biens héréditaires..... 4

Section II. — L'héritier nécessaire acquiert-il *ipso jure* la possession héréditaire ?..... 10

§ 1. Solution classique, contraire aux principes rationnels..... 10

§ 2. Thèse de l'acquisition légale. Arguments à l'appui de cette thèse..... 16

§ 3. Par quels moyens l'héritier nécessaire, possesseur en droit, peut obtenir la *possessio facti*..... 34

Section III. — Situation juridique de l'héritier nécessaire. Résumé..... 39

§ 1. Notre formule pour définir cette situation..... 39

§ 2. Comment l'exercice du *jus abstinendi* peut modifier la situation de l'héritier nécessaire et équivaut, pour lui, à un droit d'option..... 41

CHAPITRE II. — De l'acquisition de l'hérédité par les héritiers externes..... 43

§ 1. Situation de l'héritier externe avant l'aditiòn. Hérédité jacente..... 44

§ 2. De l'adition et de ses formes..... 49

§ 3. Effets de l'adition..... 57

CHAPITRE III. — De l'acquisition de la *bonorum possessio*. — De la *bonorum possessio* sollicitée par l'héritier civil 75

CHAPITRE IV. — De l'acquisition de l'hérédité dans le droit de Justinien 80

Ancien droit.

ÉPOQUE GERMANIQUE 94
ÉPOQUE BARBARE 103
DROIT FÉODAL 121
DROIT COUTUMIER 134
§ 1. De la maxime « le mort saisit le vif» 134
§ 2. De la saisine coutumière ou possession juridique et de son influence sur le sens de la maxime : « le mort saisit le vif » 143

Droit civil moderne.

CHAPITRE I. — De la saisine héréditaire 161

CHAPITRE II. — Des conséquences pratiques de la saisine héréditaire 188

CHAPITRE III. — Acquisition légale de l'hérédité 200
1° L'héritier *primo gradu* est titulaire de l'hérédité sous la condition résolutoire de sa renonciation 201
2° L'héritier *primo gradu*, après trente ans, est définitivement titulaire de l'hérédité 207
3° Le successible plus éloigné est titulaire de l'hérédité, sous condition suspensive avant la renonciation, sous condition résolutoire après la renonciation de l'héritier *primo gradu* 218
4° De la pétition d'hérédité 223

CONCLUSION 233

Orléans. — Imp. G. MORAND, rue Bannier, 47.

ERRATUM

pages	*lignes*				
XVIII	17	*au lieu de*	cependanl	*lire*	cependant
1	av. der. lig.	—	*bonoum*	—	*bonorum*
17	25	—	de ce texte *de* la L. 29	—	de ce texte la L. 29
18	21	—	un écho *du*	—	un écho *au*
18	22	—	ou	—	où
28	2	supprimer le point d'interrogation			
32	17	*au lieu de*	celle	*lire*	celles
51	20	—	démonter	—	démontrer
58	13	—	accomplissemcnt	—	accomplissement
59	17	fermer les guillemets après le renvoi à la note (1).			
77	1	*au lieu de*	décison	*lire*	décision
77	26 in fine	supprimer la virgule			
81	6	—	de *bon. possess.*	—	de bon. possess.,
89	8	—	*heredita*	—	*hereditas*
113	2	—	est considéré comme	—	est considéré soit comme
113	13	—	lincompatible	—	incompatible
115	28	—	si non	—	sinon
118	dern. lig.	supprimer la virgule après les premiers guillemets			
120	18	*au lieu de*	Ce qui n'est pas	*lire*	ce qui n'est pas
137	19	supprimer la virgule			
140	20	insérer une virgule après les mots : au premier abord			
150	13	*au lieu de*	*defuntci*	*lire*	*defuncti*
153	21	—	introduites	—	introduite
161	1 du texte	supprimer les virgules			
161	3	— mettre un point et virgule après succession			
180	4e ligne en remontant, *au lieu de* : successeurs irréguliers, et *lire* : successeurs irréguliers :				
183	2	insérer une virgule après : décès, et l. 11 après : succession			
192	9	supprimer la seconde virgule			
202	2 in fine et l. 6	supprimer la virgule			
204	19	*au lieu de*	renonciation *du,*	*lire*	renonciation *au*
205	7	—	hypothèse	—	hypothèses
206	note 1 der. l.	—	l'autre n'étant *pas*	—	l'autre n'étant *que*
216	11 et 12	—	malheureusement	—	malheureuse
217	6	supprimer la troisième virgule			
236	27	*au lieu de*	c'est quelle	*lire*	c'est qu'elle
238	1	supprimer la virgule			